

جـــامعة أبوبكـــر بلقـــايد

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص



أثر الفقه المالكي في القانون المدني الفرنسي

- العقد نموذجا -

رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص

من إعداد الطالب:
بن خدة حمزة

تحت إشراف الأستاذ الدكتور:
تشوار جيلالي

لجنة المناقشة

- أ. د. تشوار حميدو زكية: أستاذ التعليم العالي ...... جامعة تلمسان ...... رئيسا
- أ. د. تشوار جيلالي: أستاذ التعليم العالي ...... جامعة تلمسان ...... مشرفا ومقررا
- أ. د. نقادي عبد الحفيظ: أستاذ التعليم العالي ...... جامعة سعيدة ...... مناقشا
- د. مغربي قويدر: أستاذ محاضر أ ...... جامعة سعيدة ...... مناقشا

السنة الجامعية

2017-2016

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص



ـ العقد نموذجا ـ

رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص

من إعداد الطالب:

بن خدة حمزة

تحت إشراف:

أ.د: تشوار جيلالي

لجنة المناقشة

– أ. د. تشوار حميدو زكية: ....أستاذ التعليم العالي..............جامعة تلمسان..............................رئيسا

– أ. د. تشوار جيلالي: ....أستاذ التعليم العالي..............جامعة تلمسان..............مشرفا ومقررا

– أ. د. نقادي عبد الحفيظ: ....أستاذ التعليم العالي..............جامعة سعيدة............................مناقشا

– د. مغربي قويدر: ....أستاذ محاضر أ ....جامعة سعيدة............................مناقشا

السنة الجامعية

2017-2016

بسم الله الرحمن الرحيم

عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلي الله عليه وسلم قال:



أخرجه الترمذي في أبواب العلم، باب ما جاء في عالم المدينة.

" فالدلالة في هذا من موضعين: إحداهما إخباره بأن من ينطبق عليه هذا الاسم أعلم أهل وقته و لم نجد هذا في غيره ولا موصوفا به سواه، حتى إذا قيل هذا قول عالم المدينة وإمام دار الهجرة عقل من ذلك أنه المراد به فاكتفي به عن أن يقال إنه Èqǖ dbä ÕöÅɳ و لم يؤد سمعه إلى استفهام عليه، ولا يعرض له توقف فيه للعرف الذي في الغالب قصره عليه وانتفاء الشركة عنه فيه ...".

القاضي عبد الوهاب البغدادي، المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق حميش عبد الحق، 1/ 1748.

إهداء

إلى من قرن الله شكرهما بشكره فقال

﴿ أَنِ ٱشْكُرْ لِى وَلِوَٰلِدَيْكَ إِلَىَّ ٱلْمَصِيرُ ﴾

إلى روح والدي رحمه الله

إلى من هي في الحياة حياة .. **أمـــي** ..

إلى العيون التي رقبت لي دائما شيئا مميزا .. أخواتي وإخوتي ..

إلى كل من جمعني بهم صدق المشاعر واللحظات ..

أهدي هذا العمل..

حمزة بن خدة

شكر وعرفان

الحمد لله الحمد أكمله وله الثناء أجمله وله القول أبلغه وله العلم أحكمه

نحمده على كل النعم.. ونحمده حمدا يليق برب النعم .. ونحمده على حمد النعم ..

فالحمد لله حمد الشاكرين .. والحمد لله في كل وقت وحين ..

وصل اللهم على سيدنا محمد صلاة دائمة بدوام فضلك وجودك ولطفك ...

صلاة تفوق الأعداد وما فوقها .. والأشياء وما بعدها ..

وبعد ..

مِن كمالِ الفضلِ شكرُ ذويه

ولا أجدّ ابتداء إلا أن أشكر أستاذي الفاضل الأستاذ تشوار جيلالي وقد رعّى البحث من أوله إلى آخره ..

عرفانا بتفانيه الذّي يميّزه.. وقد شرفني بتأطيره لي من قبل في الماجستير..

حيث غمرني بعلمه وتواضعه هنا وهناك.. ولم يدّخر جهدا في الأخذ بيدي نصحا وتوجيها وتصحيحا وتعقيبا

رغم كثرة أشغاله .. ووفرة أعماله ..

فجزاه اللّه خير الجزاء.. وأمده بالصّحّة والعافية .. وبارك الله في علمه ونفع به كل طالب علم أو معرفة..

وله مني جزيل الشّكر وخالص الدّعاء.

كما لا يفوتني أن أشكر الأستاذة تشوار حميدو زكية وقد جاءت على بقبولها ترأس اللجنة المناقشة ..

والشكر الموصول كذلك لكل من الأستاذ نقادي عبد الحفيظ والأستاذ مغربي قويدر

على تكرمهم بوقتهم الثمين وتفضلهم بقراءة ومناقشة

ما جاء في هذه الرسالة.

قائمة أهم المختصرات

ج	: الجزء.
د ب ط	: دون بلد الطبع.
د د ط	: دون دار الطبع.
د س ط	: دون سنة الطبع.
ص	: الصفحة.
ط	: الطبعة.
ع	: عدد.
ق	: قانون.
ق م أ	: القانون المدني الألماني.
ق م ف	: القانون المدني الفرنسي.
م	: المادة.
هـ	: هجرية.

Al.	: Alinéa.
Cass. Civ.	: Chambre civile de la Cour de cassation française.
Cass. Com.	: Chambre commerciale de la Cour de cassation française.
Cass. Req.	: Chambre des requêtes de la Cour de cassation (-1947).
Cf.	: Confer.
Ed	: Edition.
n°.	: Numéro.
Op. cit	: Ouvrage précédemment cité.
P.	: Page.
PP.	: Pages.
T	: Tome.
V	: Volume.

مُقَدِّمَة

مما لا شك فيه بداية، أن التساؤل عن وجود صلة بين قانون نابليون[1] والفقه المالكي ظل حبيس جدل تاريخي لعقود من الزمن، ذلك أن النكران فيه يتأرجح بين باحث مقدس لقانون مدني فرنسي درج على اعتباره فريدا من نوعه متجاوزا حدود زمانه ومكانه، فضلا عن تصور نسبة جذوره وأحكامه لفقه حضارة غيرت معالم حضارته. وبين مشكك في جدوى الربط بين قانون بشري وفقه إسلامي استمد أهم أحكامه من وحي سماوي.

أما جذور هذا الأخذ والرد، فتعود بدايتها لتشكيك بعض المستشرقين في أصالة الفقه الإسلامي كله، وعدم قابليته للتطور من خلال القول بنظرية جمود الفقه الإسلامي، لاسيما أن تطوره كان حبيسا على أيامه الأولى، ثم ضعفت هذه الحركة بعد انتشار التقليد وغلق باب الاجتهاد[2]، وهو ما ينسف كل محاولة للقول بتأثير الفقه الإسلامي على غيره من النظم والقوانين.

وفي ذات السياق، سعى فقهاء المدرسة الاستعمارية[3] في كلية 'القانون الإسلامي' في جامعة الجزائر إلى ترسيخ هذه النظرية في العهد الاستعماري، حيث حاولوا أن

---

[1]- صدر في طبعته الأولى سنة 1804 تحت تسمية التقنين المدني للفرنسيين، لتصدر طبعته الثانية سنة 1807 تحت مسمى قانون نابليون " Code Napoléon "، وفي سنة 1816 صدرت طبعة ثالثة أعادت له تسميته الأصلية "التقنين المدني"، إلا أن مرسوما إمبراطوريا صدر سنة 1852 أعاده لتسمية " تقنين نابليون ". والملفت للانتباه أن تسميته بقانون نابليون لم تلغ رسميا بأي نص منذ ذلك الحين. راجع في ذلك، وليد غمرة، التقنين المدني الفرنسي، تاريخه وأثره، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق لجامعة بيروت العربية بمناسبة: مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي 1804-2004، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، 2005، ص. 51-72.

[2]- أنظر، صلاح الصاوي، تحكيم الشريعة الإسلامية ودعاوى الخصوم، دار الإعلام الدولي، القاهرة، ط 1، 1994، ص. 49 وما يليها؛ محمد عمارة، الشريعة الإسلامية والعلمانية الغربية، دار الشروق القاهرة، ط 1، 2003، ص. 59 وما يليها.

[3]- ومنهم (موران Morand، بوسكي Bousquet، لارشال Larcher)، أنظر، بلحاج العربي، أصالة الفقه الإسلامي وقابليته للتطور، سلسلة المعرفة، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1996، ص .540.

يجعلوا من الفقه الاسلامي مجرد قانون جامد يعتمد على الفلكلور والأعراف والأفكار الدينية. ومن هنا عمدوا إلى محاولة إدخاله في النظام القانوني الفرنسي، وجعله يدور في دائرة فلسفة قانون نابليون، خدمة للأفكار الاستعمارية وتضييق مجال تطبيق الشريعة الإسلامية[1].

وقبل الرد على هذه الشبهة، يجدر الإشارة في البداية إلى أن الفقه الإسلامي نظام روحي ومدني معا، حيث جاء الإسلام بنظام قانوني مدني يتضمن تشريعا شاملا لجميع المبادئ القانونية المنظمة لعلاقة الناس ببعضهم البعض، وعلاقتهم بالسلطة الحاكمة، والأمن العام، وصيانة الحريات والحقوق العامة بفرعيها الداخلي (الدستوري والإداري)، والخارجي (الدولي)[2].

ثم إن تطبيق الأسس القانونية كالمصالح المرسلة، والعرف، وسد الذرائع، والقياس، وغيرها من المصادر الاجتهادية الخصبة، تجعل الفقه الإسلامي في حالة من النمو المستمر، والتطور الدائم، والصلاحية للبقاء ومواجهة تطورات المجتمع المعاصر في إطار الملائمة لروح النص التشريعي، والمقاصد الشرعية [3].

ويكفي هنا أن نذكر أن قرارات مؤتمر لاهاي للقانون المقارن المنعقد عام 1937، جاءت معترفة بحيوية الشريعة الإسلامية وقابليتها للتطور، واستقلالها عن غيرها من التشريعات، وصلاحيتها لأن تكون مصدرا من مصادر التشريع عامة. وكذلك قرارات مؤتمر المحامين الدولي المنعقد في لاهاي عام 1948، حيث اعترفت

---

[1]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 540، 541.

[2]- أنظر، عباس حسني محمد، الفقه الإسلامي آفاقه وتطوره، سلسلة دعوة الحق، ع 10، ط 3، 1994، ص.172-209.

[3]- أنظر، يوسف القرضاوي، عوامل السعة والمرونة في الشريعة الإسلامية، سلسلة تهيئة الأجواء (1)، مكتبة الإسكندرية، د س ط، ص. 11 وما يليها.

هي الأخرى بما للتشريع الإسلامي من مرونة وأهمية، موصية اتحاد المحامين الدولي بأن يتبنى الدراسة المقارنة لهذا القانون والتشجيع عليها[1].

وتجلت قيمة الفقه الإسلامي كذلك في مؤتمر القانون المقارن الذي انعقد في بروكسل (بلجيكا) سنة 1958، حيث قرر أن الفقه الإسلامي بمذاهبه العديدة يستطيع الاستجابة لجميع مطالب الحياة الحديثة، والتوفيق بين حاجاتها. بالإضافة إلى حصوله على اعتراف جمهور رجال التشريع في العالم بكل روح علمية على أنه أوسع وأعظم فقه قانوني عرف إلى اليوم في تاريخ الشرائع، حيث يقول المستشرق المجري (فمبري) :" إن فقهكم الإسلامي واسع جدا إلى درجة أني أعجب كلما فكرت في أنكم لم تستنبطوا منه الأنظمة والأحكام الموافقة لبلادكم وزمانكم"[2]. وبالإضافة إلى ذلك، أعلن الفقيه الفرنسي الكبير ' لامبير LAMBERT ' في المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي انعقد في لاهاي 1923 تقديره الكبير للفقه الإسلامي[3].

كما يعتبر الاجتهاد من مصادر القوة والمرونة في الفقه الإسلامي، فحتى وان كانت القاعدة الشرعية تقضي بـ: ' لا اجتهاد مع نص '، إلا أنه من الممكن تفهم النص الشرعي في إطار مقاصده المعينة والمصالح الجماعية للناس. فكان من حق المجتهد أن يفسر هذه النصوص الثابتة وفقا لقواعد التفسير المقررة، مراعيا في ذلك ظروف العصر، وتطوراته، ومشاكله، لإخراج أحكام جديدة تلائم الوقائع الجديدة[4]. وقد فهم الخلفاء الراشدين النصوص الشرعية في إطار غاياتها، فأوقف عمر بن الخطاب رضي الله عنه قطع يد السارق لعدم تحقق القصد الجنائي عنده، ورفض إعطاء المؤلفة

---

[1]- أنظر، محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998، الطبعة الثانية، المقدمة، ص. ب.

[2]- بلحاج العربي، أصالة الفقه الإسلامي وقابليته للتطور، المرجع السابق، ص. 542.

[3]- محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص. ب.

[4]- يوسف القرضاوي، المرجع السابق، ص. 74-85؛ عباس حسني محمد، المرجع السابق، ص. 47-49.

قلوبهم من أموال الزكاة لعدم حاجة ذلك الوقت إليها [1].

" ويرى علماء أصول الفقه أن الأحكام التي تناولها القرآن جاءت في شكل قواعد كلية ومبادئ عامة في أغلب الأحيان، وهذا كي تتسع أحكام الشريعة لجميع حاجات الناس في مختلف العصور والبقاع بإعمال المجتهدين لعقولهم واستنباطهم الأحكام الجديدة التي تساير كل زمان ومكان، حسب مصالحهم وفي حدود أسس القرآن من غير اصطدام بحكم جزائي فيه "[2].

ولقد اهتم المجتهدون بتخريج الكثير من المسائل الجديدة وفقا لقواعد الفقه الإسلامي وأصوله كما فعل السابقون، وخير نموذج لذلك في العصر الحديث، ما تعلق مثلا: بالإجهاض، نقل الأعضاء البشرية، التلقيح الاصطناعي...الخ[3].

ثم بالإضافة إلى شبهة التشكيك في أصالة الفقه الإسلامي كما سبق، حاول البعض الآخر من المستشرقين الطعن في استقلالية الفقه الإسلامي من خلال القول بتأثره بالقانون الروماني مصدر القانون الفرنسي التاريخي، حيث ذهب المستشرق الإنجليزي (شيلدون آموس) إلى أن الشرع المحمدي ليس إلا القانون الروماني (مدونة جستنيان) في لباس عربي معدلا وفق الأحوال السياسية في المملكات العربية[4].

---

[1]- يوسف القرضاوي، المرجع السابق، ص. 97-103.

[2]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 543.

[3]- أنظر، جاد الحق علي جاد الحق، مرونة الفقه الإسلامي، دار الفاروق للنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الأولى، 2005، ص. 167 وما يليها.

[4]- شيلدون آموس، مقتبس عن عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار عمر بن الخطاب، الإسكندرية، مصر ، د س ط، ص. 73، 74.

أما حجة القائلين بالتأثر، هي أن القانون الروماني سبق الفقه الإسلامي في الوجود، حيث تم بناءه قبل أن يوجد الفقه الإسلامي بأكثر من خمسين عاما، ومن المسلم به أن اللاحق يستمد من السابق. ثم أن التاريخ ينقل أن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يسافرون بتجارتهم إلى الشام، وهي آنذاك تحت الحكم الروماني، وتدرس فيها القوانين الرومانية، ودليل ذلك ما نراه من تشابه بين الفقهين واتحادهما في بعض الأحكام والقواعد العامة، كالبينة على من ادعى واليمين على من أنكر، وقاعدة المصالح المرسلة التي تمثل بعينها مبدأ النفعية في القانون الروماني. كما أن قاعدة إقليمية الأحكام المقررة في الفقه الإسلامي، هي بذاتها موجودة في الفقه الروماني. وإلى غير ذلك مما هو موجود في الفقه الإسلامي بالمعنى نفسه في القانون الروماني[1].

هذا ولابد من التسليم أولا قبل الرد على هذا الزعم، أن مجرد السبق في الوجود لا يلزم منه أن الفقه الإسلامي قد تأثر بالقانون الروماني، فمن الثابت تاريخيا أن الشرع الإسلامي مصدره الأساسي هو نص الكتاب والسنة. وهذا كان يغني الفقهاء من الاستعانة بأي تشريع أجنبي، ثم لم يثبت أن أيا من الكتب القانونية الرومانية قد ترجمت إلى اللغة العربية في مرحلة نمو أو نشأة الفقه الإسلامي. ولم يثبت أيضا أن العرب في صدر الإسلام كانوا على معرفة باللغة السريانية، فحتى حركة الترجمة التي نشطت بعد القرون الهجرية الثلاثة الأولى، لم تكن في مجال التشريع، بل انصبت في الكتب الفلسفية والأدبية. كما أن مدونة 'جستنيان' لم تنتقل إلى العربية إلا في السنوات القليلة الفارطة[2].

---

[1]- أنظر، رمضان علي السيد الشرنباصي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، تطوره، مدارسه، مصادره، قواعده، نظرياته، الطبعة الثانية، 1982، ص. 39.

[2]- عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص. 78، 79؛ بلحاج العربي، أصالة الفقه الإسلامي وقابليته للتطور، المرجع السابق، ص. 534، 535.

زيادة إلى ذلك، يلاحظ أن القانون الروماني اتجه إلى تحقيق غايات نفعية محضة، أساسها النظر إلى مصلحة الفرد، فجاءت نظمه مشبعة بروح الأثرة، وتقديم المصالح الخاصة على العامة. ولذلك نجد الشخص لا يحاسب فيه على إساءة استعمال حقه، إذ يتضمن التسليم بالحق في هذا القانون جواز إساءة استعماله، ولا يعترف هذا القانون مثلا بنظرية الضرورة، أو نظرية تعادل الالتزامات، ولا يسعى إلى حماية الطرف الضعيف في التعاقد، ثم كان يعطي للدائن حق التسلط على المدين في نفسه إلى حد استرقاقه وبيعه في الدين إذا عجز عن الوفاء به. وكذلك الحال بالنسبة للقواعد الأخرى المتعلقة بالزواج، والطلاق، والميراث ..، حيث تميز القانون الروماني بقواعده الخاصة [1].

أما الشريعة الإسلامية، فاحتوت على نظم قانونية راقية الصياغة، ومبادئ فقهية عظيمة، لم يصل إليها القانون الروماني حتى في أواخر عصور تطوره، منها: التعسف في استعمال الحق، حوالة الدين، الشفعة، الحوادث غير المتوقعة، تبعة الهلاك، الوقف، مبدأ استقلالية المرأة، ... إلخ[2].

وعلى ذلك أقرت الحقيقة التاريخية والعلمية باستقلالية الفقه الإسلامي، ويكفي الإشارة إلى أن الفقيه الفرنسي (ZEYS) قال: "إنني أشعر حينما أقرأ في كتب الفقه الإسلامي أنني قد نسيت كل ما أعرفه عن القانون الروماني، وأصبحت أعتقد أن الصلة منقطعة بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني"[3].

---

[1]- أنظر، محمد سراج، الفقه الإسلامي بين النظرية والتطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط، 1997، ص. 204.

[2]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 535.

[3]- Zeys ، مقتبس عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص. 88.

ويقول الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري وهو يقارن بين النظامين، أن القانون الروماني بدأ على شكل عادات ونما وازدهر عن طريق الدعوى والإجراءات الشكلية. أما الشريعة الإسلامية، فبدأت كتابا منزلا من عند الله، وازدهرت عن طريق القياس المنطقي والأحكام الموضوعية والاستنباط المنهجي والاجتهاد والرأي[1].

وبذلك فشلت محاولات التشكيك في استقلالية الفقه الإسلامي، بل أن بعض الكتاب المعاصرين يذهبون إلى أن القانون الروماني هو الذي استمد من الفقه الإسلامي عن طريق الترجمة في أسبانيا من اللغة العربية إلى اللاتينية[2].

ولما كان موضوع البحث مرتبطا بقانون فرنسي نشأ عقودا من الزمن بعد الفقه المالكي، كان حريا في البداية أن نتوقف عند محطاته التاريخية من خلال فتح الأندلس؛ ومن ثمة تأثير الحضارة الإسلامية على أوربا ومنها فرنسا من خلال هذا الطريق، ثم انتشار المذهب المالكي في فرنسا عن طريق الأندلس، فضلا عن طريقي صقلية وترجمة أمهات كتب الفقه المالكي إبان الحملة الفرنسية على مصر بقيادة نابليون.

أما عن تأثير الحضارة الإسلامية على أوربا فكان عن طريق الأندلس[3]، إذ يعتبر

---

[1]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، أصول القانون، مقتبس عن بلحاج العربي، أصالة الفقه الإسلامي وقابليته للتطور، المرجع السابق، ص. 535.

[2]– عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص. 89.

[3]– ويعني اسم الأندلس كل المنطقة التي سادها العرب بعد فتحها، حيث امتدت فوق تراب ما كان يعرف تاريخا بشبه جزيرة أيبيريا التي تشمل اليوم كل من إسبانيا والبرتغال. أما لفظ الأندلس فأصله كلمة "الفاندالوس" إذ كانت شبه جزيرة ايبيريا (أو الاندلس) قبل الفتح الإسلامي قابعة تحت سلطة القوط الغربيين المنحدرين من القبائل الجرمانية، حيث انقضوا على المنطقة باعتبارها أحد مناطق الإمبراطورية الرومانية المنهارة أوائل القرن 15. وقسموا مناطقها إلى ثلاث مقاطعات، استقر قسم " الوندال أو الفندال Vandalos " في جنوبها مقابل ما يعرف الآن بالشمال الافريقي ". وما بين 429 و 435 هاجر بعض هؤلاء الوندال من المقاطعة الجنوبية لجزيرة ايبيريا طمعا في مناطق نفوذ الامبراطورية الرومانية الافريقية ممثلة في المغرب أو ما يعرف الآن " تونس وشرق الجزائر "، وأسقطوها هي الأخرى لعدم قدرة الإمبراطورية الرومانية على حماية مستعمراتها، وبقيت سلالة هؤلاء

فتحها أعظم حدث تاريخي شهدته أوربا بداية العصر الوسيط. وقد امتد التواجد الإسلامي في الأندلس لقرابة 800 سنة لم تمض الثلاثين الأولى منها إلا وشبه جزيرة أيبيريا كلها تدين بالإسلام لما رآه القاطنين بها من سماحة هذا الدين الذي لم يتعرض لهم في شعائرهم وحريتهم الدينية[1]، إضافة إلى رقيه الحضاري مقارنة بوحشية القوط الغربيين القادمين من الشمال، فضلا عما كان يميز أوربيا عامة من عصور مظلمة طغى فيها سفك الدماء والابتعاد عن الحضارة المدنية والاهتمام بالعلم، وبلوغ الظلم منتهاه[2].

هذا وقد دام الظلم والجهل في شبه الجزيرة الأيبيرية شأنها شأن أوربا عامة لحقب عديدة من الزمن قبل الفتح الاسلامي للأندلس، حيث لم يمكث القوط القادمون من الشمال طويلا إلا وحولوا السكان الأصليين إلى عبيد مما ولد نقمتهم وكرههم لحكم

القوط في شمال افريقيا حتى فتحها من قبل المسلمين سنة 711 م، ولما عرف أصحابها أن هذه السلالة قدمت من شبه جزيرة ايبيريا الجنوبية الوندالية أطلقوا عليهم اسم " Vandalos"، ليتحول فيما بعد الى اللفظ العربي "أندلس"، أنظر في تفصيل ذلك، راغب السرجاني، قصة الأندلس من الفتح إلى السقوط، ج1، مؤسسة اقرأ للنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2011، ص. 11 وما يليها؛ حسن حلاق، دراسات في تاريخ الحضارة الاسلامية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1999، ص. 267 وما يليها؛ حسين مؤنس، فجر الاندلس، دراسة في تاريخ الأندلس من الفتح الإسلامي إلى قيام الدولة الأموية، دار الرشاد، القاهرة، مصر، الطبعة الرابعة، 2008 ص. 11 وما يليها؛ خليل إبراهيم السامرائي، عبد الواحد ذنون طه، ناطق صالح مصلوب، تاريخ العرب وحضارتهم في الأندلس، دار الكتاب الجديد المتحدة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2000، ص. 11 وما يليها؛ علي بن محمد المنتصر بالله الكتاني، انبعاث الإسلام في الأندلس، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان الطبعة الأولى، 2005 ، ص. 29 وما يليها .

[1]- أنظر، غوستاف لوبان، حضارة الغرب، ترجمة عادل زعيتر، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، القاهرة، مصر، د س ط، 2013، ص. 291.

[2]- وقد امتد ذلك حتى إلى الشكل الخارجي للإنسان وحياته الاجتماعية في تلك الحقبة حسب ما يذكره المسلمون الرحالة الذين جابوا تلك البلاد حينها، حيث تميز القاطن فيها بعدم اهتمامه بالنظافة فلا يستحم في العام إلا مرة أو مرتين ظنا منه أن تراكم الأوساخ صحة للجسد، بل أن لغة التواصل كانت تقتصر على الإشارة في بعض الأحيان لعدم وجود لغة منطوقة حتى يمكن أن توجد المكتوبة. مع امتداد ذلك للاعتقاد بالخرفات التي تنتكس فيها الفطرة البشرية؛ ومنها حرق زوجة المتوفي حية لحظة حرق جثة زوجها، راجع، راغب السرجاني، المرجع السابق، ص. 16، 17.

القوط واستعدادهم لقبول أي سلطان غير سلطان من اعتبروهم غزاة همجيين[1]، وتجلى ذلك كله في سهولة قبولهم فتح المسلمين للأندلس[2].

وعقب فتح الأندلس، بدأ عصر الولاة[3] من عام 714 إلى 755 م، حيث كان يعين والي الأندلس من قبل الخليفة الأموي في دمشق، إذ تميزت سنوات هذا العصر الأولى بنشر الإسلام بفتوحات وجدت بيئة خصبة لقبولها إعجابا برقي حضارتها، وكرها لدمار ما خلفه من مر قبلها (القوط الغربيون). كما ألغيت الطبقية وانتشرت الحرية العقائدية، وأسس المسلمون دولتهم المدينة القوية عسكريا وعمرانيا، ثم اتخذوا من قرطبة عاصمة لهم.

وما تميز به عصر الولاة كذلك، هو مزامنته لوفاة الخليفة الأموي سليمان ابن عبد الملك وتولي عمر ابن عبد العزيز خلافة المسلمين بعده، وكان من بين الأمور الأولى التي قام بها حينها هو تعيين السمح ابن عبد الملك الخولاني واليا على الأندلس.

---

[1]– توفيق سلطان اليوزبكي، الحضارة الإسلامية في الأندلس وأثرها على أوربا، مجلة ثقافتنا للدراسات والبحوث، المجلد الخامس، العدد العشرون، 2010، ص. 121.

[2]– كان هذا الفتح نتيجة لتعاون بين العرب والبربر بعد الفتح الاسلامي للشمال الإفريقي، حيث لاقى العرب بداية الأمر مقاومة عظيمة من القبائل المعروفة ببأسها الشديد في القتال فدامت المعارك قرابة الخمسين سنة وشهدت خمسة كبيرة، توجت بفتح المنطقةوا ٍنهاء خضوعها للوندال القادمين من جنوب شبه جزيرة أيبيريا (الأندلس فيما بعد)، ذلك أن الوندال مكثوا في شمال إفريقيا لأكثر من 100 سنة، ولما حررها العرب بقيادة موسى ابن نصير (ما بين 704 و 705 م) زمن الدولة الأموية – تحت قيادة الخليفة الوليد ابن عبد الملك – الحريصة حينها على الفتوحات، كانت الوجهة هي الأندلس التي فتحها طارق ابن زياد المنحدر من أصول أمازيغية بربرية سنة 711 م وقد ضم جيشه 12000 جنديا حينما اختاره القائد موسى ابن نصير لهذا الأمر باعتباره أفضل جنده، ثم قاد بقية الفتوحات موسى ابن نصير بجيش آخر السنة الموالية (712 م) دعما ومددا لحملة طارق ابن زياد، ليلتقي القائدين ويحققا فتوحات أعظم، أنظر، راغب السرجاني، المرجع السابق، ص. 28 وما يليها؛ إبراهيم السامرائي، عبد الواحد ذنون طه، ناطق صالح مصلوب، المرجع السابق، ص. 29 وما يليها؛ توفيق سلطان اليوزبكي، المرجع السابق، ص. 119–121.

[3]– حسين مؤنس، المرجع السابق، ص. 109 وما يليها؛ راغب السرجاني، نفس المرجع، ص. 83 وما يليها؛ إبراهيم السامرائي، عبد الواحد ذنون طه، ناطق صالح مصلوب، نفس المرجع، ص. 313.

فسخر هذا الوالي كل جهوده لفتح فرنسا مما أثمر نجاح حملته بفتحها من جنوبها الغربي[1]. ثم أكمل الفتوحات الوالي الذي خلفه ووصل مدينة سانس (Sens) التي تبعد عن باريس بقرابة الثلاثين كلم، وقد فتحت قرابة 70 بالمئة من الأراضي الفرنسية وصارت بلادا اسلامية[2]. ليتولى الولاية بعده الوالي عبد الرحمن الغافقي، ويواصل فتح مدن جديدة كمدينة بوردو، إذ تعد حملته أكبر حملة داخل البلاد الفرنسية، خاصة أنها توجت بالسيطرة التامة على كل الجنوب الفرنسي[3].

وبعد استقرار الحكم في الأندلس[4] وانتشار العلم بجميع أنواعه من حاضرة إمارتها الإسلامية قرطبة[5] وقد جعلوا منها أعظم مدن العالم تحضرا[1]، ساد العمل بالمذهب

---

[1]- أنظر، محمود شيت خطاب، قادة فتح الأندلس، مؤسسة علوم القرآن، ج 2، منار للنشر والتوزيع، د ب ط، الطبعة الأولى، 2003، ص. 5-22؛ خليل إبراهيم السامرائي، عبد الواحد ذنون طه، ناطق صالح مصلوب، المرجع السابق، ص. 50-52؛ راغب السرجاني، المرجع السابق، ص. 90،91؛ حسين مؤنس، المرجع السابق، ص. 122-125.

[2]- وهو الوالي عنبسة ابن سحيم الذ ي تولى إمارة الاندلس بين 721 إلى 725 م، ولتفاصيل ولايته راجع، خليل إبراهيم السامرائي، نفس المرجع، ص. 52-56؛ حسين مؤنس، نفس المرجع، ص. 210-205.

[3]- حسين مؤنس، نفس المرجع، ص. 220 وما يليها؛ خليل إبراهيم السامرائي، عبد الواحد ذنون طه، ناطق صالح مصلوب، نفس المرجع، ص. 56-63؛ راغب السرجاني، نفس المرجع، ص. 93-99.

[4]- يعد أهم حدث فاصل في تاريخ الأندلس بعد هذه المرحلة المليئة بالفتوحات واستقرار الحكم في الأندلس، هو التقهقر المتأثر بسقوط الخلافة الأموية في دمشق سنة 750 م. وهو ما قضى على دولة بني أمية وانتهى بمقتل جل من يرتبط بالخلافة منهم، فلم يجد البقية من الناجين إلا الهرب من الشام إلى معقل الدولة الأموية الأخير في الأندلس. وتقدمهم عبد الرحمن ابن معاوية المعروف بعبد الرحمن الداخل لكونه أول من دخل قرطبة من بني أمية (ويعرف كذلك بصقر قريش)، وقد دخلها سنة 753 م بعد قتال عنيف، وتولى إمارة الأندلس بعد انفصالها على الخلافة الاسلامية، وكانت فترة ولايته التي دامت قرابة الأربعين سنة – بين 755 و 788 م- من أقوى فترات الأندلس عسكريا وحضاريا ماديا (من الناحية المعمارية)، ومعنويا (من ناحية اهتمامه البالغ بنشر العلم)، وفي تفصيل ذلك راجع، حسين مؤنس، المرجع السابق، ص. 511 وما يليها؛ راغب السرجاني، نفس المرجع، ص. 135 وما يليها؛ خليل إبراهيم السامرائي، عبد الواحد ذنون طه، ناطق صالح مصلوب، نفس المرجع، ص. 85 وما يليها.

[5]- تميزت قرطبة بأشياء أربعة هي القنطرة فوق نهرها، وجامعها، ومدينة الزهراء، والعلم باعتباره أهم هذه الأشياء، ومما جاء في هذا المجال " قرطبة .. ذلك الاسم الذي طالما كان له جرس معين، ووقع خاص في الأذن الإسلامية، بل وفي أذن كل أوربي آمن بالنهضة والحضارة الإنسانية: يقول المقري: قال بعض علماء

المالكي في الفقه والقضاء في كل أنحاء الأندلس، وقد نشره علماء البلاد بعد عودتهم من الحجاز ودراستهم على يد الإمام مالك[2]. كما انتشر التعليم باللغة العربية، وبدأ غير المسلمين يتخلون عن اللاتينية ويذهبون إلى المدارس العربية تلقيا للعلوم مما أشاع التحدث باللغة العربية كمظهر من مظاهر التعلم[3]، مع اعتماد المذهب المالكي كمذهب رسمي قلما تنازعها مرجعية فقهية[4].

كما أن السبب الرئيسي في انتشار المذهب المالكي في الأندلس هو تعلقه

الأندلس: بأربعة فاقت الأمصار قرطبة .. منهن قنطرة الوادي وجامعها .. هاتان ثنتان والزهراء ثالثة .. والعلم أعظم شيء وهو رابعها"، أنظر، راغب السرجاني، ماذا قدم المسلمون للعالم، اسهامات في الحضارة الانسانية، الجزء الأول، مؤسسة اقرأ للنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، مصر، الطبعة الثانية، 2009، ص. 679.

[1]- حيث وصف المستشرق جون براند ترند قرطبة في هذه الحقبة بقوله: " إن قرطبة التي فاقت كل حواضر أوربا مدنية أثناء القرن العاشر (الميلادي) كانت في الحقيقة محط إعجاب العالم ودهشته، كمدينة فينيسيا في أعين دول البلقان وكان السياح القادمون من الشمال يسمعون بما هو أشبه بالخشوع والرهبة عن تلك المدينة التي تحوي سبعين مكتبة، وتسعمائة حمام عمومي، فإن أدركت الحاجة نظام ليون، أو النافار، أو برشلونة إلى جراح، أو مهندس، أو معماري، أو خائط ثياب أو موسيقي فلا يتجهون بمطالبهم إلا لقرطبة"، راغب السرجاني، ماذا قدم المسلمون للعالم، المرجع السابق، ص. 679؛ وراجع كذلك في وصف معالم التحضر في قرطبة، غوستاف لوبان، المرجع السابق، ص. 287–289؛ حسن حلاق، المرجع السابق، ص. 274، 275.

[2]- ومما جاء في ذلك "ونقل علماء الاندلس المذهب المالكي بعد عودتهم من الحجاز ودراستهم على يد الإمام مالك، فنقلوا مذهبه إلى الأندلس، وفي مقدمتهم أبو عبد الله زياد بن عبد الرحمن اللخمي (توفي عام 204 هـ أو قبلها) والملقب بـ (شبطون) الذي أدخل مذهب مالك إلى الأندلس، وأخذه عنه يحيى بن يحيى الليثي (عاقل الأندلس) كما لقبه الإمام مالك. وتذكر الروايات أن يحيى بن يحيى أخذ عن الإمام مالك بالذات وروى عنه الموطأ، وتعتبر روايته من أصح الروايات. ويليه عيسى بن دينار الفقيه المشهور، وعبد الملك بن حبيب السلمي الذي أخذ من طبقات أصحاب مالك وعاد إلى الأندلس ليدون كتاب الواضحة ..."، إبراهيم السامرائي، عبد الواحد ذنون طه، ناطق صالح مصلوب، المرجع السابق، ص. 318.

[3]- حسن حلاق ، نفس المرجع، ص. 274، 275.

[4]- يلاحظ أن أكثر مذهب نازعه قبل ذلك هو المذهب الأوزاعي الذي عُرِفَ في قرطبة، إلا أنه سرعان ما اندثر العمل به بعد تحول فقهاء الأندلس إلى المذهب المالكي بسبب إعجابهم به، وانتشاره من قبل تلامذة مالك العائدين من الحجاز، راجع في ذلك، إبراهيم السامرائي، عبد الواحد ذنون طه، ناطق صالح مصلوب، نفس المرجع، ص. 318.

بالمدينة المنورة[1] حينما انتشر فقه الإمام مالك ابن أنس من خلالها وقد عاش فيها إلى غاية وفاته[2]، وانتشرت فتاواه في كل البقاع الإسلامية بمناسبة الحج والعمرة. ومما ساعد كذلك على انتشار المذهب في الأندلس معاداة الأمويين للعباسيين، ثم تشابه الشخصية الأندلسية البسيطة مع شخصية أهل المدنية المنورة[3].

أما عن انتشار الثقافة الإسلامية ممثلة أكثر من الناحية الفقهية في المذهب المالكي إلى أوربا فأسبابه عديدة[4]، نذكر منها التوافد إلى الأندلس طلبا للعلم والمعرفة. وانتشار أعمال الترجمة التي مست كل التراث الإسلامي ومنه الفقه المالكي. مع الإشارة هنا إلى دور المستعربين الأسبان الذين أتقنوا اللغة العربية إلى جانب اللاتينية مما ساعدهم في ترجمة أهم المصنفات الإسلامية والعلمية العربية. ولعل ما يلاحظ بخصوص انتشار حركة نشر المعرفة عن طريق ترجمة العلوم العربية والإسلامية[5]، أن

---

[1]– وقد درج الكثير من فقهاء الفقه الاسلامي على وصف المذهب المالكي بمذهب أهل المدينة لمكانة عمل أهل المدنية في الفقه المالكي، وفي ذلك أنظر، ابن تيمية، تفضيل مذهب مالك وأهل المدينة وصحة أصوله، تحقيق أحمد مصطفى قاسم الطهطاوي، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2006، ص. 60 وما يليها.

[2]– راجع الصفحة 18 من هذه الدراسة.

[3]– ويفصل ابن خلدون في هذه الجزئية مبررا سبب انتشار الفقه المالكي في المغرب – المقصود بالمغرب هنا كل من تونس والجزائر والمغرب– والأندلس في قولهّ:وأما مالك رحمه الله تعالى فاختص بمذهبه أهل المغرب والأندلس. وإن كان يوجد في غيرهم إلا أنهم لم يقلدوا غيره إلا في القليل لما أن رحلتهم كانت غالبا إلى الحجاز وهو منتهى سفرهم. والمدينة يومئذ دار العلم ومنها خرج إلى العراق ولم يكن العراق في طريقهم فاقتصروا عن الأخذ عن علماء المدينة. وشيخهم يومئذ وإمامهم مالك وشيوخه من قبله وتلميذه من بعده. فرجع إليه أهل المغرب والأندلس وقلّدوه دون غيره ممّن لم تصل إليهم طريقته .."، أنظر، عبد الرحمن بن محمد ابن خلدون، مقدمة ابن خلدون، تحقيق عبد الله محمد الدرويش، الجزء الثاني، دار يعرب، دمشق، سوريا، الطبعة الأولى، 2003، ص. 190–192؛ راجع كذلك في تفصيل أسباب انتشار المذهب المالكي في الأندلس، إبراهيم السامرائي، عبد الواحد ذنون، ناطق مصلوب، المرجع السابق، ص. 318؛ الشريف محمد بن علوي المالكي الحسني، إمام دار الهجرة مالك ابن انس رضي الله عنه، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 2، 2010، ص. 66 وما يليها.

[4]–إبراهيم السامرائي، عبد الواحد ذنون طه، ناطق صالح مصلوب، المرجع السابق، ص. 476 وما يليها؛ حسن حلاق، المرجع السابق، ص. 274 وما يليها.

[5]– أنظر في انتشار حركة ترجمة المصنفات العربية والإسلامية في شتى المجالات إلى اللاتينية وبقية اللغات

أسماء عديدة برزت في هذا المجال من بينها جيرارد الكريموني الذي نسب إليه ترجمة واحد وسبعين كتابا في مختلف العلوم[1].

وإضافة لانتشار أعمال الترجمة، أصبح الاقبال على تعلم اللغة العربية مظهرا من مظاهر العلم والمعرفة، وهو ما تجسد في رسالة شهيرة كتبت سنة 854 من أسقف قرطبة (ألفارو ALVARO) يشكو فيها من ولع الشباب المسيحي بالعربية والثقافة الإسلامية[2]، حيث جاء فيها: " إن إخواني المسيحيين يدرسون كتب فقهاء المسلمين وفلاسفتهم لا لتفنيدها , بل لتعلم أسلوب عربي بليغ. وأسفاه إنني لا أجد اليوم علمانيا يُقبل على قراءة الكتب الدينية أو حتى الإنجيل؛ بل إن الشباب المسيحي الذين يمتازون بمواهبهم الفائقة أصبحوا لا يعرفون علما ولا أدبا ولا لغة إلا اللغة العربية، ذلك أنهم يقبلون على كتب العرب في نهم وشغف، ويجمعون منها مكتبات ضخمة تكلفهم الأموال الطائلة في الوقت الذي يحتقرون الكتب المسيحية وينبذونها... لقد نسي المسيحيون حتى لغتهم، ولن تجد بين الألف منهم واحدا يستطيع كتابة خطاب باللغة اللاتينية ..." [3].

ثم فضلا عما مثله طريق الأندلس في نقل التراث الثقافي الإسلامي للبلدان الأوربية وانتشار العمل بالفقه المالكي في القضاء وقد بقي المسلمون فيها لعصور عديدة[4]. مثل فتح صقلية طريقا آخرا لانتشار العلوم العربية والإسلامية في بقية

الأوربية، غوستاف لوبان، المرجع السابق، ص. 586 وما يليها؛ مصطفى السباعي، من روائع حضارتنا، دار الوراق للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1999، ص 82 وما يليها.

[1]– حسان حلاق، المرجع السابق، ص. 279.

[2]– أنظر، وات مونتجمر، فضل الاسلام على الحضارة الغربية، ترجمة حسن أحمد أمين، مكتبة مدبولي، مصر، الطبعة الأولى، 1983، ص. 42.

[3]– حسان حلاق، المرجع السابق، ص. 275 .

[4]– فبعد عصر الولاة بين 756 إلى 929 م (أولا)، وعصر الخلافة زمن عبد الرحمان الداخل بين 912 إلى 1032 م (ثانيا)، شهد التواجد الإسلامي في الأندلس عصورا متابينة من حيث القوة والتقهقر على الصعيد

البلدان الأوربية، شأنه شأن نشر المذهب المالكي في المنطقة. وصقلية جزيرة إيطالية تقع بين ساحلي إيطاليا وفرنسا الجنوبيين، إذ استمرت محاولات فتحها لموقعها الاستراتجي منذ خلافة معاوية ابن ابي سفيان رضي الله عنه سنة 652 م[1]، وصولا لدولة الأغالبة في تونس سنة 800 م[2]، إذ تم الاعداد لفتحها بتوكيل قيادة الحملة لقاضي القيروان أسد ابن الفرات بن سنان، تلميذ مالك ابن أنس رحمه الله. وقد رحل إلى الحجاز طلبا للعلم سنة 172 هجرية، ولزم حلقات شيخه مالك ابن انس لفترة طويلة فتشبع من علمه ومذهبه. وفي طريق عودته إلى القيروان قابل أئمة الفقه من أصحاب مالك ابن أنس، وكانت صلته الكبيرة مع أشهرهم وهو عبد الرحمن ابن القاسم وقد رأى فيه أسد الفرات صورة شيخه مالك[3].

هذا وبعد اقلاع حملة أسد ابن الفرات لفتح صقلية عام 827، لاقى المسلمون صعوبة كبيرة في فتح صقلية مقارنة بفتح الأندلس، ودامت المحاولات قرابة الثمانين سنة حيث لم تتم السيطرة النهائية على الجزيرة إلا سنة 902 ميلادية [4]، ودام بقاء المسلمين فيها لما يقارب 260 سنة، إذ نشروا العلوم، وحولوا صقلية كما الأندلس

العسكري وان بقي الجانب العلمي والحضاري قائما بآثاره إلى ما بعد هذا التواجد، حيث تقسم العصور المتوالية إلى حقب عرفت تاريخيا بـ : (ثالثا) عصر ملوك الطوائف الذي يبدأ بعد عصر الخلافة وتحول الأندلس إلى دويلات متنازعة تنتهي بدخول المرابطين إلى الأندلس بقيادة يوسف ابن تاشفين إلى الأندلس حيث يمتد هذا العصر بين 1031 إلى 1086 م، (رابعا) عصر الموحدين: وفيه تحولت الاندلس إلى ولاية تتبع دولة المرابطين الموحيدن إذ يمتد بين 1086 إلى 1214 م، (خامسا): عصر مملكة غرناطة: وهو آخر عهد للمسلمين بالأندلس حيث بين 1231 إلى 1492 و ينتهي بسقوط غرناطة بأيدي الاسبان، حسان حلاق، المرجع السابق، ص. 271، 272؛ راجع كذلك في تفصيل هذه العصور، راغب السرجاني، قصة الأندلس من الفتح إلى السقوط، المرجع السابق، ص. 83 وما يليها.

[1]- أنظر، عزيز أحمد، تاريخ صقلية الإسلامي، الدار العربية للكتب، د ب ط، 1980، ص. 8-14.

[2]- حيث تولت أسرة الأغالبة الحكم في ولاية إفريقية (تونس اليوم) في هذه السنة، وحكمت باسم الخليفة العباسي في بغداد، راجع في ذلك، وا ت مونتجمر، المرجع السابق، ص. 11.

[3]- أنظر، شوقي أبو خليل، فتح صقلية بقيادة الفقيه المجاهد أسد بن الفرات، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة الاولى، 1998، ص.67، 68.

[4]- حسان حلاق، المرجع السابق، ص. 341.

إلى منارة علمية يأتي الأوربيين إليها طلبا للعلم. كما انتشرت فيها الترجمة تأثرا بالحضارة الإسلامية[1]. مع الإشارة في مجال الفقه المالكي للدور الأول لأسد الفرات في جلبه معه وقد ألف كتابه الشهير في الفقه المالكي الأسدية بعد عودته للقيروان، لينموا ويزدهر هذا المذهب أكثر في صقلية بعد الفتح، وهو ما أنتج تأليف أهلها الكثير من الكتب على المذهب المالكي[2].

أما الطريق الثالث لانتشار الفقه المالكي في البلدان الأوربية ومنها فرنسا بعد الأندلس وصقلية، فتجسد في الحملة الفرنسية على مصر، إذ تزامن إصدار القانون المدني الفرنسي مع حملة نابليون على مصر وهو الذي ينسب إليه القانون المدني الفرنسي إلى الآن[3]. إذ تثبت الشهادات التاريخية أن الحملة الفرنسية تميزت في مجالها غير العسكري بترجمة أمهات مراجع الفقه المالكي يتقدمها مختصر خليل وشروحاته[4].

ويشير كذلك إلى هذا المعنى المستشرق الفرنسي SEDILLOT بقوله أن الحكومة الفرنسية أمرت بترجمة كتب الفقه المالكي[5]، وقد وردت شهادة شهيرة للمستشرق الفرنسي سيديو في هذا الشأن قال فيها: "والمذهب المالكي هو الذي يستوقفُ نظرنا على الخصوص؛ لما لنا من الصلات بعرب إفريقية، وعهدت الحكومة

---

[1]- راغب السرجاني، ماذا قدم المسلمون للعالم، المرجع السابق، ص. 698؛ حسان حلاق، المرجع السابق، ص. 342،343؛ مصطفى السباعي، المرجع السابق، 54.

[2]- عزيز أحمد، المرجع السابق، ص. 51، 52؛ وراجع كذلك، الصفحة 19 و 20 من هذه الدراسة.

[3]- راجع الصفحة الأولى من هذه الدراسة.

[4]- أنظر، فوزي أدهم، أثر فقه الإمام مالك في القانون المدني الفرنسي (قانون نابليون)، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق لجامعة بيروت العربية بمناسبة: مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي 2004- 1804، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2005، ص. 67،68؛ عبد السلام أحمد فيغو، أثر فقه الإمام مالك في القانون المدني الفرنسي، مجلة الحقوق، العدد 14، 2013، مطبعة دار الأفاق المغربية للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، المغرب، ص. 20، 21؛ مصطفى السباعي، المرجع السابق، 90؛ راغب السرجاني، ماذا قدم المسلمون للعالم، المرجع السابق، ص. 698.

[5]- فوزي أدهم، نفس المرجع، ونفس الصفحة؛ عبد السلام أحمد فيغو، المرجع السابق، ص. 21.

الفرنسية إلى الدكتور نيكولا بيرون أن يترجم إلى الفرنسية كتاب المختصر في الفقه للخليل بن إسحاق بن يعقوب المتوفى سنة 1422م "[1].

ولعل أكثر ما يثير الانتباه في ذات السياق، هو وجود وثيقة رسمية تثبت امتثال الدكتور نيكولا بيرون لأمر الحكومة الفرنسية وقيامه فعلا بترجمة كتاب خليل في ستة مجلدات، ألا وهي نسخة لمختصر خليل طبعت في فرنسا بداية من 1855 تحت إشراف من وزارة الدفاع الفرنسية، وجاءت معنونه بالعربية بـــ " المختصر في الفقه على مذهب الامام مالك ابن انس لخليل بن اسحاق بن يعقوب المالكي "، وبالفرنسية تحت عنوان " Précis de jurisprudence musulmane suivant le rite malékite par sidi Khalil ". حيث جاء في صفحتها الأولى المعنونه بالعربية: "طبع في مدينة باريز المحروسة بالمطبع السلطاني المعمر سنة 1272 من الهجرة المطابقة لسنة 1855 من ميلاد المسيح"[2].

أما ما يثبت امتثال الدكتور نيكولا بيرون للحكومة الفرنسية فهو التنبيه الفرنسي الذي جاء بداية طبعة المختصر، بعد التقديم له بتعريف مضمون هذا المختصر الفقهي وكيف أنه موجه للمسلمين الذين يتبعون المذهب المالكي في الجزائر وتونس وطرابلس والمغرب ...، إلى أن أشار التنبيه إلى أن الحكومة الفرنسية قامت في سنوات ماضية بترجمة لهذا المختصر عن طريق الدكتور نيكولا بيرون. وقد احتوت هذه الترجمة على تعليقات للمترجم تجسدت في ستة مجلدات كبيرة، حيث حرصت وزارة

[1] – مصطفى السباعي، المرجع السابق، ونفس الصفحة؛ عبد السلام أحمد فيغو، المرجع السابق، ونفس الصفحة؛ فوزي أدهم، المرجع السابق، ص. 67،68.

[2] – Cf. Précis de jurisprudence musulmane suivant le rite malékite par sidi Khalil, Publié par les soins de la société asiatique, Deuxième tirage, L'imprimerie impériale, Paris, 1855.

الدفاع على توفيرها بنصها الأصلي للسكان الأصليين[1]. مع الإشارة إلى أن السكان الأصلين هنا عرب لا يحتاجون نسخة فرنسية في تلك الفترة المسماة "قبل سنوات ماضية" ! .

وانطلاقا من أعمال الترجمة المصاحبة لحملة نابليون على مصر وتركيزها على مختصر خليل كما اتضح أعلاه، ذهب البعض[2] إلى اعتبار هذا المختصر هو النواة الحقيقية للقانون المدني الفرنسي الصادر سنة 1804، حيث لاحظوا وجود تشابه كبير بين هذا الأخير وشروحات هذا المختصر، خاصة "متن خليل للدردير"، و"الشرح الكبير على مختصر خليل".

وعلى ذلك، واختصارا لهذا التأصيل التاريخي الممتد بداية من تأثير الأندلس على أوربا، وصلا إلى حملة نابليون، نذكر هذا الاقتباس الذي جاء فيه: " في ميدان التشريع : فقد كان لاتصال الطلاب الغربيين بالمدارس الإسلامية في الأندلس وغيرها أثر كبير في نقل مجموعة من الأحكام الفقهية والتشريعية إلى لغاتهم، ولم تكن أوروبا في ذلك الحين على نظام مُتقن ولا قوانين عادلة؛ حتى إذا كان عهد نابليون في مصر ترجم أشهر كتب الفقه المالكي إلى اللغة الفرنسية، ومن أوائل هذه الكتب 'كتاب خليل'، الذي كان نواة القانون المدني الفرنسي، وقد جاء متشابها إلى حد كبير مع

---

[1] – « Comme le Précis de Khalil est celui qui a le plus d'autorité auprès des indigènes, le Gouvernement français en fit faire, il y a quelques années, une traduction française par M. le docteur Perron.
Cette traduction renferme la substance des commentaires que le traducteur avait à sa disposition, et forme six volumes grand in-8. Le ministère de la guerre, voulant satisfaire aux besoins des indigènes en particulier, a engagé la Société asiatique a donner une édition pure et simple de texte », Cf, Précis de jurisprudence musulmane, op.cit., p.7.

[2] – عبد السلام أحمد فيغو، المرجع السابق، ص. 21.

أحكام الفقه المالكي"[1].

ثم لتعلق الدراسة بالفقه[2] المالكي، أو المذهب المالكي[3]، حري بنا أن نتوقف عند تعريف وجيز بالمذهب المنسوب لإمامه مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر الأصبحي؛ المولود بالمدينة المنورة على المشهور سنة 93 هجرية[4] ومات فيها وقد عاش نحو 87 سنة[5]. ويعتبر مالك ابن أنس ثاني الأئمة الأربعة [6]وقد أشتهر بينهم

[1]- مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص. 90.

[2]- إذ يثار الفرق هنا بين مصطلح الفقه الإسلامي، والشريعة الإسلامية من قبله، ذلك أن مصطلح الشريعة يطلق على الأحكام التي شرعها الله لعباده على لسان رسول من الرسل. وبالرغم من اشتمال مصطلح الشريعة لجميع الشرائع، إلا أن المراد بإطلاقها، شريعة الإسلام التي نزلت على لسان محمد صلى الله عليه وسلم. ومن المعنى الفقهي للشريعة الإسلامية، اشتق الشرع، والشرائع، بمعنى سن القواعد القانونية، سواء كانت عن طريق الدين، فتسمى تشريعا سماويا، أو من وضع البشر، فتسمى تشريعا وضعيا. أما الفقه، فيراد به في الاصطلاح العلم بالأحكام الشرعية العملية، المستنبطة من الأدلة التفصيلية. لتعني الشريعة الإسلامية بذلك الدين المنزل من عند الله. أما الفقه، فهو الفهم لهذا الدين أو لتلك الشريعة، فإذا أصاب هذا الفهم الحق، كان موافقا للشريعة، أما إذا أخطأ الفقه الحق، لم يكن من الشريعة، ولم يخرج عن الفقه، أنظر، سمير عالية علم القانون والفقه الإسلامي، نظرية القانون والمعاملات الشرعية، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 1996، ص 68-69؛ عبد الفتاح تقية، المختصر في الفقه المدني من خلال الفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص. 16-21؛ رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص.7.

[3]- يعني المذهب في الاصطلاح ما يذهب إليه إمام من الأئمة في الأحكام الاجتهادية. ليكون المذهب المالكي بذلك القواعد التي بنى عليها مالك الأحكام وذهب عليها أصحابه، وكل ما نُسب إليه مذهبا فيما بعد لقيامه على قواعده وأصوله، مع اشتمال هذا التعريف حتى لما يخالف الحكم الوارد في المذهب مراعاة لاختلاف الأزمنة والأمكنة والأشخاص، أنظر، محمد إبراهيم علي، اصطلاح المذهب عند المالكية، دار البحوث للدراسات الاسلامية واحياء التراث، دبي، الامارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، 2000، ص. 22-25.

[4]- السيد الشريف محمد بن علوي المالكي الحسني، المرجع السابق، ص. 13، 14؛ محمد أبو زهرة، مالك، حياته وعصره، آراءه وفقهه، دار الثقافة العربية للطباعة، مصر، الطبعة الثانية، د س ط، ص. 24.

[5]- وكانت الأربعين سنة الأولى منها نهاية العصر الأموي، ونحو سبع وأربعين سنة متبقية في العصر العباسي الأول، أنظر، عبد الغني الدقر، الإمام مالك ابن أنس إمام دار الهجرة، دار القلم، دمشق، سوريا، ط 3، 1998، ص. 14.

[6]- يقصد بهم أصحاب المذاهب الفقهية الأربعة الشهيرة ممثلة بالترتيب في: المذهب الحنفي، المذهب المالكي، المذهب الشافعي، المذهب الحنبلي، أنظر فيها، محمد أبو زهرة، تاريخ المذاهب الاسلامية، دار الفكر العربي القاهرة، ب ط، ب س ط، ص. 329 وما يليها.

بالفقيه المحدث[1] لقوته في الفقه والحديث.

أما عن أصول مذهبه، فقد أعتمد الإمام مالك في فتاواه على مصادر تشريعية مختلف في إحصاء عددها[2]، إلا أن الراجح[3] أنها أحد عشر ممثلة في: الكتاب، السنة، الإجماع، عمل أهل المدينة، القياس، قول الصحابي، المصلحة المرسلة، العرف والعادات، سد الذرائع، الاستصحاب والاستحسان.

هذا وقد مر تطور المذهب المالكي بأربعة مراحل هي[4]: مرحلة التأسيس، ومرحلة التفريع، ومرحلة التطبيق، ثم مرحلة التنقيح والنقد. حيث تميزت مرحلته الأولى بتأصيل صاحب المذهب مالك ابن أنس لقواعد المذهب التي سلكها من سار على نهجه فيها. وهو ما تجسد أكثر في تأليف مالك ابن أنس لأول مصنف في المذهب ممثلا في "الموطأ"[5]. لتتبع مرحلة التأسيس، مرحلة التفريع بداية من نهاية القرن الثاني هجرية إلى القرن الثالث، إذ توسع نفوذ المذهب خارج المدينة المنورة من خلال تلامذة مالك، وصولا إلى العراق ومصر وإفريقيا والأندلس، إذ تميزت هذه المرحلة بتفريع الجزئيات على أصول الإمام مالك، فظهرت مصنفات تعتبر من أمهات مؤلفات المذهب نذكر منها: "المدونة لمالك أبن أنس برواية سحنون"[6]، ثم

---

[1]– محمد أبو زهرة، مالك، نفس المرجع، ص. 212؛ عبد الغني الدقر، المرجع السابق، ص. 59 وما يليها.

[2]– عبد الغني الدقر، المرجع السابق، ص. 153 وما يليها؛ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 271 وما يليها؛ السيد الشريف محمد بن علوي المالكي الحسني، المرجع السابق، ص. 54 وما يليها.

[3]–محمد إبراهيم علي، المرجع السابق، ص. 53.

[4]– أنظر، عمر الجيدي، مباحث في المذهب المالكي في المغرب، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، المغرب، الطبعة الأولى، 1993، ص. 47، 48؛ وفي تفصيل هذا التطور راجع أكثر، محمد أبو زهرة، مالك، المرجع السابق، ص. 213 وما يليها؛ محمد إبراهيم علي، المرجع السابق، ص. 39 وما يليها.

[5]– أنظر، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي، موطأ الإمام مالك، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1985.

[6]– أنظر، مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمان بن القاسم، الجزء 3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1994.

" الواضحة، والعتبية، والأسدية"[1].

أما مرحلة التطبيق، فبدأت من منتصف القرن الثالث هجرية وصولا إلى منتصف القرن الخامس، وحينها انتشرت حركة دراسة المصنفات التي ظهرت في المرحلة السابقة من خلال اسقاطها على جديد الحوادث مراعاة لخصوصية تطور الزمان وتغير المكان، فظهرت مصنفات كثيرة تتميز بالاعتناء بأمهات كتب المذهب التي قبلها عن طريق[2]: التهذيب، أو الشروحات، أو الاختصارات، أو الاختيارات.

ونتيجة لما وصل إليه المذهب من تطور نهاية مرحلته الثالثة، دخل مرحلة رابعة جديدة تتمثل في مرحلة النقد والتنقيح[3]، وقد بات المذهب المالكي مميزا فيها بكثرة الأقوال مما استدعى البحث عن القول المشهور، والراجح، والضعيف.

هذا وما نشير إليه في ختام التعريف بالمذهب المالكي، أن مكانة مالك ابن

[1]– حيث يختصرها ابن خلدون في مقدمته بقوله " .. وكان بمصر ابن القاسم وأشهب وابن عبد الحكم والحارث بن مسكين وطبقاتهم ورحل من الأندلس يحيى بن يحيى الليثي، ولقي مالكا. وروى عنه كتاب الموطأ، وكان من جملة أصحابه. ورحل بعده عبد الملك بن حبيب فأخذ عن ابن القاسم وطبقته وبث مذهب مالك في الأندلس ودون فيه كتاب الواضحة. ثم دون العتبي من تلامذته كتاب العتبية. ورحل من إفريقية أسد بن الفرات فكتب عن أصحاب أبي حنيفة أولا، ثم انتقل إلى مذهب مالك. وكتب على ابن القاسم في سائر أبواب الفقه وجاء إلى القيروان بكتابه وسمي الأسدية نسبة إلى أسد بن الفرات، فقرأ بها سحنون على أسد ثم ارتحل إلى المشرق ولقي ابن القاسم وأخذ عنه وعارضه بمسائل الأسدية فرجع عن كثير منها. وكتب سحنون مسائلها ودونها وأثبت ما رجع عنه منها ... "، ابن خلدون، المرجع السابق، ص. 192، 193.

[2]– عمر الجيدي، المرجع السابق، ص. 48.

[3]– وتجدر الإشارة هنا إلى أن الفقه المالكي بعد هذه المرحلة عرف بعض الضعف والتقهقر شأنه شأن الفقه الإسلامي عامة، والسبب يعود لانتشار ظاهرة التقليد، إلا أن القول بهذا التقهقر لا يعني بحال من الأحوال القول بشبهة الجمود التي قال بها البعض وفق ما رأينا سابقا، حيث اتضح أن المصادر الاجتهادية الخصبة في الفقه الاسلامي، ومنه المالكي تجعل الفقه الإسلامي في حالة تطور مستمر تؤهله لمسايرة البيئة المحيطة به في أي زمان، وبأي مكان، راجع الصفحة 3 و4 من هذه الدراسة.

أنس العلمية تتجلى في ثناء العلماء عليه عبر كل العصور[1]، إذ اتفق المتقدمون والمتأخرون على مرتبة مالك العالية في الفقه والحديث والتقوى والورع، ذلك أن الثناء عليه وإبراز خصوصيته كان بداية من أئمة المذاهب الثلاثة[2] بداية بأبي حنيفة، ثم الشافعي، ثم أحمد ابن حنبل. أما عن الثناء عليه وصولا إلى وقتنا الحاضر، فهو مما لا يتسع المقام لذكر بعضه، حيث يكفي أن نمثل له بما قاله الذهبي وصفا لمالك ابن أنس رحمة الله حينما قال"وقد اتفق لمالك مناقب ما علمتها اجتمعت لغيره: أحدها طول العمر وعلو الرواية، وثانيتها الذهن الثاقب والفهم وسعة العلم، وثالثتها اتفاق الأئمة على أنه حجة صحيح الرواية، ورابعتها تجمعهم على دينه وعدالته وإتباعه السنن، وخامستها تقدمه في الفقه والفتوى "[3].

وفي نفس الإطار، كما اتفق العلماء عبر كل العصور على مكانة مالك ابن أنس العلمية؛ اتفق الكثير منهم على قوة المذهب المالكي وسبقه أفضلية مقارنة ببقية المذاهب[4]، إذ في الوقت الذي أجمع فيه العلماء تاريخا على قيمة المذاهب الأربعة كلها وفضل أصحابها، رجحوا أفضلية المذهب المالكي وتميزه بصفات لا يضاهيها فيها غيره. ويتقدم هذه المميزات الأثر الذي ورد في حديث مشهور للنبي صلى الله عليه

[1]– أنظر في ثناء العلماء على الإمام مالك عبر كل العصور، أبو بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوي، أسهل المدارك، شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك، الجزء 1، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، د س ط، ص. 6 وما يليها؛ محمد أبو زهرة، مالك، حياته وعصره، آراءه وفقهه، المرجع السابق، ص. 87 وما يليها؛ عبد الغني الدقر، المرجع السابق، ص. 355؛ السيد الشريف محمد بن علوي المالكي الحسني، المرجع السابق، ص. 24.

[2]– أنظر في ثناء الأئمة الثلاث على مالك واتفاقهم على خصوصيته، شمس الدين محمد ابن محمد الراعي الأندلسي، انتصار الفقيه السالك لترجيح مذهب الإمام مالك، تحقيق محمد أبو الأجفان، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1981، ص. 139–146.

[3]شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز الذهبي، تذكرة الحفاظ، ج1، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1998، ص. 157.

[4]– وفي هذا التفضيل راجع مثلا، شمس الدين ابن محمد الراعي الأندلسي، انتصار الفقيه السالك لترجيح مذهب الإمام مالك، المرجع السابق، ص. 128 وما يليها؛ ابن تيمية، المرجع السابق، ص. 61 وما يليها.

وسلم يثني فيه على عالم المدينة، وهو قوله صلى الله عليه وسلم قال" يوشك أن يضرب الناس أكباد الإبل يطلبون العلم فلا يجدون أحدا أعلم من عالم المدينة"[1]. حيث درج جمهور العلماء[2] على اعتبار المقصود في هذا الحديث هو مالك بن أنس، إذ لم يعرف غيره باسم عالم المدينة، ولم تضرب أكباد الإبل إلا إليه.

ثم لما كان نموذج الدراسة مقتصرا على مصدر واحد من مصادر الالتزام لا كلها، كان لابد من التوقف عند هذه المصادر وتبيان ترتيبها في القانون المدني الفرنسي والفقه المالكي. فالبرجوع إلى الفقه الفرنسي القديم، نجد الفقيه بوتييه - POTHIER -، قد قسم مصادر الالتزام إلى خمسة متأثرا في ذلك بالقانون الروماني، وهذه المصادر هي: العقد وشبه العقد، والجريمة أو الجنحة، وشبه الجريمة، والقانون. إذ نال هذا التقسيم نجاحا كبيرا خاصة في النصف الأول من القرن التاسع عشر[3]، وأخذ به التقنين المدني الفرنسي[4].

---

[1]- أنظر، الترمذي، سنن الترمذي، ج5، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الثانية، 1975، ص.47.

[2]- أنظر، أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي، المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق حميش عبد الحق، المكتبة التجارية مصطفى أحمد الباز، مكة المكرمة، د ط، د س ط، ص. 1748، 1749؛ شمس الدين محمد ابن محمد الراعي الأندلسي، المرجع السابق، ص. 128-138؛ السيد الشريف محمد بن علوي المالكي الحسني، المرجع السابق، ص. 54، ص. 21-23؛ عبد الغني الدقر، المرجع السابق، ص. 355.

[3]-Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Obligations, Tome VI, Première partie, par ESMEIN Paul, 2e édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1952, p.7 ; WERY Patrick, Droit des obligations, Volume 1, Théorie générale du contrat, 2e édition, Edition Larcier, 2010, pp.29-31.

[4]- حيث عرف العقد في المادة 1101 م ف، كما عرفت المادة 1371 شبه العقد، أما الجريمة وشبه الجريمة، فقد عرفتهما المادتان 1382، 1383 على التوالي، لتأتي المادة 1370 وتتكلم عن الالتزامات التي تنشأ بالقانون وحده.

على أن هذا التقسيم واجه انتقادات حادة بعد ذلك، خاصة من طرف الفقيه 'بلانيول'، كاعتباره ناقص لعدم ذكره للإرادة المنفردة والإثراء بلا سبب، ثم أن اصطلاح شبه العقد، تعبير مظلل، لأنه يوحي بأنه عمل إرادي مشروع، والحقيقة عكس ذلك تماما[1]. ليستقر الأمر في الفقه وفي التشريعات الحديثة إلى حصر مصادر الالتزام في خمسة أنواع هي، العقد، والإرادة المنفردة، والعمل غير المشروع، والإثراء بلا سبب، والقانون[2].

ويمكن رد المصادر الخمسة السابقة إلى طائفتين اثنتين: مصادر إرادية للالتزام، وتضم العقد والإرادة المنفردة، ومصادر غير إرادية وتضم العمل غير المشروع، والإثراء بلا سبب، والقانون. ويطلق الفقه المدني الحديث على الطائفة الأولى، اصطلاح التصرف القانوني. كما يطلق على الطائفة الثانية اسم الواقعة القانونية[3].

أما الفقه المالكي، فلم يهتم فقهاءه بالبحث في تصنيف مصادر الحق إلا من خلال الفقه الإسلامي الحديث عامة حينما جعل للحق مصدرين[4]، أحدهما: الالتزام أو العقد بمعناه العام، وذلك كالبيع والهبة والوقف...، وثانيهما: إحداث واقعة وصفات قائمة رتب الشرع عليها حقوقا، ومثالها الاستيلاء، والولادة، والوفاة، والجوار، والبلوغ...وغيرها.

1–Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p. 7,8.

2– أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء 1، المجلد الأول، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ،لبنان، 1998، ص. 134.

3–Cf. CARBONNIER Jean, Droit civil, Tome 4, Les obligations, 22e édition refondue, Presses Universitaires de France, 2000, p. 38.

4– محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص. 31.

وقد جاء في مصادر الحق في الفقه الإسلامي للأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري بعد استعراضه لكل مصادر الحقوق في الفقه الإسلامي" والذي ننتهي إليه من كل ما تقدم، أن مصادر الحقوق في الفقه الإسلامي، كما هي في الفقه الغربي لا تعدو أن تكون مصدريين اثنين: التصرف القانوني والواقعة القانونية"[1]. ثم ما يجعل التمييز بين الطائفتين مقبولا في الفقه الإسلامي أيضا، أن الفقهاء يميزون في كثير من المناسبات بين التصرفات القولية (وهذه هي التصرفات القانونية)، والتصرفات الفعلية (وهذه هي الوقائع القانونية). كما يميزون بين ضمان العقد (وهذه هي المسؤولية العقدية)، وضمان الفعل (وهذه المسؤولية غير العقدية)[2].

والمراد من مصادر الالتزام في كل من الفقهين في هذا المجال" إنما هو السبب المباشر لا المصدر الآمر في إيجاب الالتزام، إذ تكون عندئذ جميع المصادر مردها إلى الشرع أو إلى القانون، لأنه هو الآمر بالالتزام عند وجود تلك الأسباب المباشرة"[3]. ذلك أن البعض[4] من شراح نظرية الالتزامات، يذهبون إلى أن جميع الالتزامات مصدرها التشريع، إذ إليه المرجع في اعتبار الحادث مولدا للالتزام أو غير مولد. ويشبه هذا القول رأي من يقول من الفقهاء المسلمين، بأن مصادر الفقه الإسلامي من كتاب وسنة وإجماع وقياس...، يجب ردها إلى مصدر واحد هو القرآن الكريم باعتباره الآمر لها.

فمما لا شك فيه أن القانون (أو الشرع في الفقه الإسلامي)، مصدرا لنشوء الالتزامات، إلا أن الملاحظ من هذه الزاوية، أن قواعد القانون لا تتدخل مباشرة لإنشاء الالتزامات، وإنما تَرَتَبَ إنشاء هذه الالتزامات على توفر حدث آخر في جانب المدين على

[1]- أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج1، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ،لبنان، 1998، ص. 69.

[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع، حاشية الصفحة 69.

[3]- أنظر، مصطفى الزرقاء، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، إخراج جديد مع صياغة كاملة لنصوص تلك النظرية، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، 1999، ص. 99.

[4]- مصطفى الزرقاء، نفس المرجع، ص. 99 مع الحاشية.

وجه التخصيص. ولذلك يعتبر هذا الحدث الذي يرتب القانون عليه نشوء الالتزام هو الآخر مصدرا منشئا للالتزامات. وعليه، يمكن أن يقال أن القانون هو المصدر المرتب للالتزامات، بينما أحداث العالم المختلفة (التصرفات القانونية، والوقائع القانونية)، فهي مصادر مسببة لها[1].

وانطلاقا من مصادر الالتزامات السابقة، تتعلق الدراسة بالعقد كأنموذج لهذه المصادر باعتباره أهم صورة للتصرف القانوني في الحياة الاجتماعية، فضلا عن كونه أبرز مصدر من مصادر الالتزام في القانون المدني الفرنسي والقوانين التي حذت حذوه. وتجسد ذلك في مكانته الأولى بين مصادر الالتزام في القانون المدني الفرنسي، حيث بدأ المشرع الفرنسي تنظيمه بتعريفه في المادة 1101، لينتقل بعدها لتبيان أقسامه بداية من المادة 1102 إلى المادة 1106.

وجدير بالإشارة قبل الرجوع إلى المواد المذكورة أعلاه، إلى أن الاتجاه التشريعي السليم صار يميل إلى عدم الإكثار من إيراد التعريفات والتقسيمات إلا إذا دعت المصلحة التشريعية لذلك، حيث أن مثل هذه الأمور أقرب إلى عمل الفقيه منه إلى المشرع. ولذلك تجنبت التشريعات الحديثة كالتقنين الألماني الخوض في مثل هذه المسائل، وحدت بعض القوانين العربية حدوها – كالقانون المصري – فلم تتعرض إلى تعريف العقد أو أقسامه[2].

على أن الفقيه الفرنسي الشهير " JOSSERAND " دافع عن أهمية تقسيم العقود والفائدة العملية التي تظهر في اختلاف القواعد المطبقة على العقود لاختلاف

---

[1]– أنظر، مصطفى محمد الجمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام، شرح مفصل لأحكام التقنينات العربية المستمدة من الفقه الغربي والمستمدة من الفقه الإسلامي وتطبيقاتها القضائية، الفتح للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 1996، ص. 41.

[2]–أنظر، منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1996، ص. 41.

أصنافها[1]. أما عن إمكان حصر العقود في تقسيم يشمل كل العقود فهو غير ممكن لكثرتها، وهو ما جعل الفقه[2] يصنفها لفئات تتجاوز الأصناف الأربعة التي ذكرها القانون المدني الفرنسي من المادة 1102 إلى المادة 1106، حيث صنفها هذا الأخير أولا إلى عقود ملزمة لجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد[3]، ثم ثانيا إلى عقود محددة وأخرى احتمالية[4]، ليتبعا ثالثا بعقود التبرع وعقود المعاوضة[5]، ورابعا بالعقود المسماة والعقود غير المسماة [6].

---

[1]-Cf. JOSSERAND Louis, Cours de droit civil positif français, Théorie générale des obligations, Les principaux contrats du droit civil, Les sûretés, Libraire recueil Sirey, 3e édition, Paris, 1939, p.13.

[2]- ومن بين الأصناف التي يضيفها الفقه الفرنسي خارج نطاق التصنيف الذي قال به القانون المدني الفرنسي، العقد الرضائي، والعقد الشكلي، والعقد العيني - العقود البسيطة والعقود المختلطة - العقود الفردية والعقود الجماعية- عقود المساومة والعقود الإذعان - العقود الأصلية والعقود التبعية، أنظر فيها:

JOSSERAND Louis, op.cit., pp.14-28 ; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.34-49 ; MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, Les obligations, 4e édition, Defrénois, Lextenso édition, Paris, 2009, pp.193-213 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, Les obligations, Tome 1 : L'acte juridique, Armand Colin, 8e édition, 1998, pp.52-59.

[3]- حيث يكون العقد ملزما لجانبين وفق المادة 1102 من ق م ف إذا كان تبادليا قد أنشا التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين، بحيث يكون كل منهما دائنا ومدينا في الوقت نفسه، ومثاله البيع والإيجار. أما العقد الملزم لجانب واحد فهو ميدان المادة 1103 ق م ف، إذ تختفي فيه فكرة التبادل فيكون أحد طرفيه دائنا غير مدين، والطرف الثاني مدين غير دائن، ومثالها الهبة أو الكفالة بغير عوض.

[4]- وميدان هذا التصنيف هو المادة 1104 ق م ف، حيث عرفت فقرتها الأولى العقود المحددة بأنها العقو د التي يتحدد فيها وقت التعاقد التزامات كل من طرفيه والفائدة التي سيحصل عليها من تعاقده، كما الحال في بيع شيء معين بثمن معين. أما العقود الاحتمالية فعرفتها الفقرة الثانية من ذات المادةباعتبار ها العقو د التي لا يمكن في وقت إبرامها تقدير الفائدة أو النفع الذي سيجنيه من ورائها كل من طرفيها لتوقف ذلك على حدث غير محقق لا يعرف وقت حصوله، ومن أمثلتها عقود التأمين والرهان والمقامرة.

[5]- أما عقد التبرع فهو العقد الذي يتم في غياب لتقابل العوضين، حيث يعطي فيه أحد المتعاقدين فائدة دو ن مقابل كما جاء في نص المادة 1105 ق م ف، ومنه الهبة والقرض بدون فائدة. أما عقد المعاوضة فعرفته المادة 1106 ق م ف على أنه العقد الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلا لما يعطيه، ومثله البيع حينما يأخذ البائع الثمن في مقابل تسليم المبيع للمشتري.

[6]- وقد نصت على هذا التصنيف المادة 1107 ق م ف، حينما أخضعت العقود غير المسماة للقواعد العامة المقررة بشأن جميع العقود شانها في ذلك شان العقود المسماة.

أما عن المادة 1101 المعرفة للعقد في ق م ف أعلاه، فنجدها قد عرفته بـــ:" العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص، أو عدة أشخاص، نحو شخص ،أو عدة أشخاص آخرين، بمنح، أو فعل، أو عدم فعل شيء ما[1] ". إذ يلاحظ بخصوص هذا التعريف أنه يصلح كتعريف للعقد صلاحيته لتعريف الالتزام، فضلا عن خلطه بين العقد والاتفاق مما جعل التعريف محل نقد كبير من الفقه الفرنسي[2] ذاته.

وبالرجوع إلى الفقه المالكي، نلحظ أن المالكية لا يعرفون العقد أو يضعون له تقسيمات عامة، اهتمامهم بتنظيم العقود وفق مسمياتها عقدا عقدا، حيث يعقدون لكل نوع منها كتابا[3] أو بابا ينظم أحكامها، ومثال الأخيرة من مختصر خليل[4] تحت قسم المعاملات أبواب أحكام البيع، وأحكام الوكالة، والإجارة والكراء ... إلخ.

إلا أن ما يستشف من خلال تتبع هذه العقود، أن قوامها الإرادة التي تربط الإيجاب بالقبول فتنتج العقد، وهو الأقرب لتعريف العقد بمعناه الحقيقي من قربه للتعريف الذي ذهب إليه المشرع الفرنسي في المادة 1101 ق م أعلاه، ذلك أنه عرف العقد بما يتسع لتعريف الالتزام، رغم أن قوام العقد هو التوافق بين إيجاب وقبول. مع الإشارة إلى أن التوافق هنا يفترض وجود إرادتين متطابقتين لا إرادة منفردة واحدة، وفي ذلك جاء من المذهب المالكي في معرض الحديث عن البيع " ... كسائر العقود أي وهي كل ما يتوقف على إيجاب وقبول، وأما غيرها من الطلاق وما بعده فهي إخراجات ولا تتوقف على

---

[1] -Article 1101: Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.

[2] –Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp. 34-44 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp. 52-56.

[3]– ومثالها من المدونة، الكتب التي تنظم كل نوع من أنواع المعاملات المالية. مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى،ج3، المرجع السابق، ص. 3 وما يليها.

[4]– أنظر، خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري، مختصر العلامة خليل، تحقيق أحمد جاد، الجزء 1، دار الحديث، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2005، ص. 143 وما يليها.

إيجاب وقبول .."[1].

وعلى هذا المعنى سار عامة الفقه الاسلامي الحديث في تعريفه للعقد حيث جاء " أما المعنى الخاص الذي يراد هنا حين الكلام عن نظرية العقد فهو: ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله. أو بعبارة أخرى: تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر أثره في المحل. وهذا التعريف هو الغالب الشائع في عبارات الفقهاء."[2].

هذا وما يجب التنبيه إليه بعد كل ما سبق، أن الدافع الرئيسي للبحث في هذا الموضوع ليس من غاياته الحط من القيمة القانونية للقانون المدني الفرنسي، ذلك أن هذا الأخير، "يبقى من الأعمال التاريخية المجيدة. ويقول عنه تيير THIERS بأنه قانون العالم المتحدث. ومن الطبيعي أن يمتد أثره إلى خارج فرنسا، وكما يقول العميد JOSSERAND، لقد تألق تقنينا المدني بقوة خارج حدودنا "[3].

ولعله من الملفت حقا أن يكون نابليون وهو " العسكري الفذ وراء هذا العمل القانوني الرائع، وليس غريبا بعد هذا أن يقول نابليون من منفاه في سانت هيلين Sainte Hélène، إن مجدي الحقيقي ليس في أني ربحت أربعين معركة، فواترلوا ستمحى ذكرى العديد من الانتصارات، ولكن ما لا يمحى، وما سيبقى خالدا، فهو تقنييي المدني [4]، ومن العدل والإنصاف القول بأن نابليون كان على حق"[5].

---

[1]- أنظر، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير على مختصر خليل، ج3، دار الفكر، د ط، د س ط، ص. 5، 6.

[2]- أنظر، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، دار الفكر، دمشق، سورية، ط 4، د س ط، ص.2918.

[3]- وليد غمرة، التقنين المدني الفرنسي، تاريخه وأثره، المرجع السابق، ص. 13.

[4] – " Ma vraie gloire ce n'est pas d'avoir gagné quarante batailles ; Waterloo effacera le souvenir de tant de victoire. Ce qui rien n'effacera, ce qui vivra éternellement c'est mon code civil ".

[5]- وليد غمرة، المرجع السابق، ص. 14.

ثم أن الواقف على تقنين نابليون، يلحظ بدقة، كيف أن ثبات النصوص لا يعني بأي حال ثبات الحلول والجمود، ويكفي الإشارة في هذا المجال إلى أن التعديلات التي مست القانون المدني الفرنسي على مدار مائتي عام (1804-2004)، لم تتجاوز في مجملها عشرة تعديلات[1].

ويمكن أن يرجع الثبات والاستقرار الذي اتسم بهما التقنين المدني الفرنسي خاصة في مجال نظرية الالتزامات إلى عدة أسباب منها[2] :

– تميز هذه النظرية بالعمومية والتجريد بلغ حدا لم يبلغه أي فرع من فروع القانون.

– أنه اقتصر على العام من المبادئ والكليات، دون الخوض في التفصيلات والجزئيات، لذلك تعتبر نصوصه في يد القضاة أداة طيعة ومرنة، يسهل ملاءمتها وتكيفها مع مستجدات الحياة العملية، رغم بعد عهد وضعها.

أما عن المزج بين القوانين العربية المستمدة من التقنين الفرنسي والشريعة الإسلامية، فليس عائد فقط إلى انتشار الثقافة الفرنسية في بلداننا، بل إلى إمكان تقارب الثقافتين في بعض النقاط. وخير مثال ذلك، أن السنهوري وضع الكثير من القواعد الفقهية الإسلامية في القانون المدني المصري الصادر في 1948. ثم أن المستشرق سانتيلانا وضع الكثير من قواعد الفقه المالكي في مجلة الالتزامات والعقود التونسية التي صدرت في ظل الوجود الفرنسي الذي بدأ مند سنة 1883. فأكبر دليل على هذا التعايش إذن، هو اقتباس مصر للقوانين الفرنسية، ووضع فرنسا في تونس قانونا اقتبس الكثير من أحكامه من قواعد الفقه الإسلامي[3]. لكن ما يجب التسليم به هنا، أن كل من القوانين الفرنسية والشريعة الإسلامية

[1]– أنظر في هذه التعديلات، نبيل ابراهيم سعد، تقنين نابليون، التطور في ظل الثبات في مصادر الالتزامات، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق لجامعة بيروت العربية بمناسبة: مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي 1804-2004، المرجع السابق، ص. 91، 92.

[2]– نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 93.

[3]– عبده جميل غصوب، القوانين الوضعية الفرنسية والشريعة الإسلامية، تقارب وتباعد، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق لجامعة بيروت العربية بمناسبة: مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي 2004-1804، المرجع السابق، ص. 21-23.

ليستا وليدتي حضارة واحدة، مما يجعلهما يتقاربا تارة، مع الإقرار بتباعدهما تارة أخرى على مستوى التشريع والقضاء معا[1].

ثم ما تجدر الإشارة إليه أخيرا، فهو أن الدراسات المهتمة بهذا الموضوع تعتني به في الغالب من الأحيان بالتركيز على شقه التاريخي أكثر من تركيزها على شقه الموضوعي المقارن[2]، ولعل السبب حينها يعود لتشعبه من الناحية الموضوعية وحاجته للدراسة المقارنة المعمقة. إلا أن ما يجب الإشارة إليه في إطار المحاولات المهتمة بالمقارنة، هو التوقف عند المحاولات التي استقصت الموضوع خارج منهجه التاريخي ممثلة في نموذجي مخلوف المنياوي[3] وسيد حسن[4]، من خلال مؤلفي " المقارنات التشريعية "، حيث أتم الشيخ المنياوي جزئي مؤلفه سنة 1924 كما يظهر في تقديمه، لتصدر الطبعة الأولى لعمل الشيخ سيد حسن سنة 1947.

أما ما يلحظه المتمعن لهذين النموذجين وقد اعتبرا أشهر دراسة اهتمت بالمقارنة بين الفقه المالكي والقانون المدني الفرنسي من خلال المادة الموضوعية أكثر من اهتمامها بالجانب التاريخي للإشكالية، فهو أن أصحابها حاولا في بعض الأحيان تطويع مواد القانون الفرنسي لتخرج رغما عنها مشابهة للفقه المالكي ومن ثمة القول بأن تطبيق القانون الفرنسي لا يخالف الشريعة الإسلامية. ولعل ذلك يفسر بالظرف الذي كانت تمر به مصر

1- عبده جميل غصوب، نفس المرجع، ص. 24-48.

2- أنظر مثلا في المقالات المستقصية للإشكالية من ناحيتها التاريخية، مع إبراز ها لأمثلة لبعض النصوص على سبيل المقارنة تبيانا للشبه فيها بين القانون المدني الفرنسي والفقه المالكي، فوزي أدهم، أثر فقه الإمام مالك في القانون المدني الفرنسي (قانون نابليون)، المرجع السابق، ص. 51-72؛ عبد السلام أحمد فيغو، أثر فقه الإمام مالك في القانون المدني الفرنسي، المرجع السابق، ص. 15-34؛ زبير محمد، أثر الفقه المالكي في القانون المدني الفرنسي، مجلة كلية الدعوة الإسلامية، عدد 22، طرابلس، ليبيا، ص. 60-79؛ خالد السنيد، قانون نابليون تأثر بالفقه الإسلامي، مجلة المحامي، العدد الأول، ذو القعدة 1419 هـ، ص. 18-20.

3- أنظر، مخلوف المنياوي، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك، دار السلام، الطبعة الأولى، مصر 1999.

4- أنظر، سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك، دار السلام، الطبعة الثانية، مصر، 2006.

والأمة الإسلامية حينها نتيجة لسقوط الخلافة العثمانية وسعي الدول الأوربية إلى ترسيخ استعمارها العسكري للدول التي احتلها بترسيخ أنظمتها القانونية .

وتأسيسا على ما سبق، ينصرف الإشكال الجوهري لهذه الدراسة، إلى البحث عن مدى وجود تأثر حقيقي للمشرع الفرنسي بالفقه المالكي حين إصداره للقانون المدني الفرنسي سنة 1804. ذلك أن العبرة في إثبات التأثر أو التأثير تتطلب تتبعث النصوص المتضمنة لنظريات قانونية اشتهر بها القانون المدني الفرنسي منذ لحظة صدوره وصولا إلى وقتنا الحالي وقد امتد تطبيقه لأكثر من 200 سنة.

أما الإشكال الثانوي، فيتعلق بالبحث عن مدى مخالفة القانون المدني الفرنسي بثوبه الحالي لأحكام المذهب المالكي من خلال نموذج هذه الدراسة، فضلا عن مدى تعلق هذا الاختلاف إن وجد بحكم مخالف له في الفقه المالكي بمجمل آراءه من جهة، ثم بموقف الفقه الإسلامي عامة من هذا الحكم الذي خالف فيه القانون الفرنسي المذهب المالكي من جهة أخرى.

هذا وما يجب التنويه إليه حين تبيان المقصود بالثوب الحالي للقانون المدني الفرنسي في الإشكال الثانوي أعلاه، هو النسخة الأخيرة الصادرة 2015[1]. مع الإشارة إلى عدم تعلق الدراسة بالتعديل الأخير للقانون المدني الفرنسي بموجب المرسوم الصادر في 10 فبراير 2016[2] وقد تزامن صدوره مع تقديم العمل للمناقشة. فضلا عن تعلق المرسوم بقرابة الـــ 350 مادة في مجال الالتزامات والعقود والاثبات تضمنت في أغلبها تعديلاته جذرية وثورة قانونية كبيرة مست هذه النظرية المتميزة بالثبات والاستقرار كما اتضح

[1]-Code Civil Français, 114e éd Dalloz, Paris, 2015.

[2]-Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016/2/10/JUSC1522466R/jo/texte.

سابقا[1]، وهو ما يستوجب دراستها من خلال شروح مستفيضة جديدة تتم المقارنة فيها بين ما كان عليه القانون المدني الفرنسي طيلة سنوات تطبيقه وما جاء به المشرع الفرنسي في هذه التعديلات.

أما بشأن المنهجية المتبعة في ذلك، فهي الطريقة الاستنباطية المقارنة، فهي استنباطية لانطلاقها من نصوص القانون المدني الفرنسي المنضوية تحت العناوين المنظمة لنظرية العقد وتعليق الفقه الفرنسي عليها. فعن طريق النصوص بالذات نقف عند الحكم الموجود في القانون المدني الفرنسي ونظيره في الفقه المالكي، ثم نبحث عن مدى تأثر المشرع الفرنسي بالفقه المالكي في هذا المجال.

وعن كونها مقارنة، فيتمثل في التركيز على المقارنة بين القانون المدني الفرنسي والفقه المالكي، مع الاشارة إلى قوانين أخرى تتطلبها عناصر نموذج الدراسة ممثلة أكثر في القانون الروماني. ذلك أن الغاية من هذه المقارنة هي البحث عن مدى وجود تشابه في الحكم محل الدراسة بين كل من القانون المدني الفرنسي والفقه المالكي، في الوقت الذي يتضح فيه موقف القانون الروماني المخالف لما ذهب إليه المشرع الفرنسي، بما يزيل إمكانية اعتبار القانون الروماني مصدرا تاريخيا للقانون المدني الفرنسي في العنصر محل الدراسة.

أما عن ترتيب المواضيع التي ستشملها الدراسة من خلال نموذجها الممثل في نظرية العقد، فنعود فيه إلى ترتيبها الفني في القانون المدني الفرنسي مع بعض التعديل الذي يعود سببه إلى تفادي خلط القانون المدني الفرنسي بين مواضيع نظرية العقد ونظرية الالتزام، ذلك أن المشرع الفرنسي قسم هذا الأخير إلى ثلاثة كتب، يُعنى الأول منها بالأشخاص، لينظم الثاني الأموال، ثم يتعلق الثالث بطرق اكتساب الملكية.

---

[1]- أنظر الصفحة 29 من هذه الدراسة.

وبالرجوع الى الكتاب الثالث نجد المشرع الفرنسي خص نظرية الالتزامات بالقسمين الثالث والرابع من هذا الكتاب. ففي القسم الثالث مزج بين نظريتي الالتزام والعقد وقسمه إلى ستة فصول، حيث عرف العقد وتقسيماته في الفصل الأول، ثم أركان العقد في الفصل الثاني، ويتبعها بآثار الالتزام بكل مصادره في الفصل الثالث، والالتزام الموصوف في الفصل الرابع، لينتقل بعده لانقضاء الالتزام في الفصل الخامس، وأخيرا طرق إثبات الالتزام في الفصل السادس. أما الالتزامات الأخرى غير التعاقدية، فقد أدرجها في القسم الرابع من الكتاب الثالث.

ولعل ما يلاحظ من خلال الجمع بين نظرية العقد ونظرية الالتزام في موضوع واحد، أن المشرع الفرنسي حاول إبراز اهتمامه بالعقد كأهم مصدر من مصادر الالتزام، فقام بخلط غير مقبول من الناحية العلمية حينما نظمه في نظرية الالتزام بتلك الطريقة. حيث تقتضي المنهجية العلمية السليمة ضرورة التمييز بين الالتزام والعقد من قبيل التمييز بين الشيء ومصدره.

ومن هذا المنطلق، سنقتصر في هذه الدراسة على النصوص المكونة لنظرية العقد وحدها دون النصوص المتعلقة بنظرية الالتزام وذلك بمخالفة المنهج المتبع في القانون المدني الفرنسي واعتماد المنهج العلمي الحديث المستقر عليه في ترتيب المواضيع المحددة لإطار نظرية العقد، مع محاولة تتبع نصوصها ومراعاة نسقها في القانون المدني الفرنسي.

وعلى ذلك، سنحاول تتبع مظاهر تأثر القانون المدني الفرنسي بالفقه المالكي في المواد المنظمة للعقد بتقسيم الدراسة إلى بابين:

الباب الأول: تأثر القانون المدني الفرنسي بالفقه المالكي في تكوين العقد وبطلانه.

الباب الثاني: تأثر القانون المدني الفرنسي بالفقه المالكي في آثار العقد وانحلاله.

البَابُ الأَوَّلُ

تأثر القانون المدني الفرنسي بالفقه المالكي في تكوين العقد

نصت المادة 1108 ق م ف على ضرورة توافر شروط أربعة لصحة العقد هي الرضاء والأهلية والمحل والسبب[1]. إلا أن أول ملاحظة مبدئية تثار بخصوص هذه المادة هي فصلها بين الأهلية والرضاء، رغم أن الأهلية شرط في الرضاء لا ركن مستقل عنه، مما يجعل للعقد أركان ثلاثة حقيقة هي الرضاء والمحل والسبب. إضافة لركن الشكل في العقود الشكلية والتسليم في العقود العينية، ذلك أن الشكلية اسثناء عن مبدأ الرضائية في العقود، حيث لا يتم العقد فيها بمجرد تطابق الايجاب بالقبول، بل يجب لتكوينها إتباع شكل يحدده القانون عادة ما يكون ورقة رسمية يدون فيها العقد[2]. أما العقود العينية، فهي التي لا تتم إلا بتسليم العين محل العقد[3].

وعلى ذلك، ينعقد العقد إذا توافرت جميع أركانه. ويكون باطلا إذا تخلف أحد هذه الأركان أو اختل شرط من شروطه وفقا ما يعرف بنظرية البطلان. حيث نحاول البحث عن مدى وجود أثر للفقه المالكي في تنظيم القانون المدني الفرنسي لهذه العناصر بتتبعها بداية بأركان العقد (الفصل الأول)، ثم التعرض لنطاق الاخلال بهذا التكوين من خلال صحة التراضي والبطلان (الفصل الثاني).

---

[1] - Article 1108: " Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention :
Le consentement de la partie qui s'oblige ;
Sa capacité de contracter ;
Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ;
Une cause licite dans l'obligation ".

[2]- مثالها من القانون المدني الفرنسي، الهبة (م 931)، عقد الزواج (م 1394)، والرهن الرسمي (م 2127)، راجع فيها:
PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit. pp.125-131 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit.,269-299 ; WERY Patrick, op.cit., pp.79-81.

[3]- مثالها في القانون المدني الفرنسي، العارية بقسميها (عارية الاستعمال م 1875، وعارية الاستهلاك 1892)، والوديعة (م 1915)، والرهن الحيازي (م 2071)، راجع فيها:
PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.131-135.

الفصل الأول
أركان العقد

من خلال المادة 1108 ق م ف أعلاه، يتضح جليا أن الركيزة الأساسية الأولى في تكوين العقد هي الرضاء. ويقصد به في هذا الصدد وجود متعاقدين رضي كل منهما بالتعاقد، مما يجعل الأقرب إلى معنى مصطلح الرضاء (Le consentement) في هذه المادة هو مصطلح التراضي الذي يدل على وجود ارادتين متطابقتين بدل الرضاء الذي يتعلق أكثر بأحد منهما دون الآخر. أما ركنا المحل والسبب المنصوص عليهما في ذات المادة فهما مما يستلزمه التراضي، ذلك أن فكرة التراضي تحتم توافر عنصرين أساسيين هما المحل والسبب. فللتراضي موضوع أو محل يرد عليه، كما يجب أن يكون له سببا يدفع إليه[1].

وعليه، نحاول البحث عن مظاهر تأثر القانون المدني الفرنسي بالفقه المالكي في هذه الأركان بداية بالتراضي (المبحث الأول)، ثم المحل والسبب (المبحث الثاني).

المبحث الأول
التراضي

يعتبر التراضي أول وأهم ركن للعقد، حيث يوجد بوجود إرادتين متوافقتين تتطابق أحداهما مع الأخرى بغية إحداث نفس الأثر القانوني. وعادة ما تصدر الأولى بتقديم عرض للتعاقد من أحد الطرفين وفق ما يعرف بالإيجاب، لتليها الثانية مطابقة لها وهو ما يعرف بالقبول.

[1]– Cf. FLOUR Jacques, op.cit., pp.79-81.

وعلى هذا النحو نحاول البحث عن أثر الفقه المالكي في وجود التراضي دون التطرق لصحة التراضي، ذلك أن صحة وجوده تترتبط أكثر بالبطلان كجزاء يفرضه عدم توفر الأهلية التعاقدية في العقد أو وجود عيب من العيوب التي تشوب الإرداة، لنبحث هذا الركن تأسيسيا على ما سبق من خلال البداية بالتعبير عن الإرادة (المطلب الأول)، ثم ننتقل بعد ذلك إلى توافق الارادتين (المطلب الثاني).

المطلب الأول
التعبير عن الإرادة

وفيه نستعرض ثلاثة عناصر أساسية، نبدأ في الأول منها بطرق التعبير عن الإرادة (الفرع الأول)، وننتقل في الثاني إلى الارادة الباطنة والإرادة الظاهرة (الفرع الثاني)، لنختم في الثالث بصور خاصة للتعبير عن الإرادة (الفرع الثالث).

الفرع الأول
طرق التعبير عن الإرادة

التعبير عن الارادة هو مظهرها الخارجي الملموس وعنصرها المادي المحسوس. يكون تارة تعبيرا صريحا ويكون أخرى تعبيرا ضمنيا. كما قد يتخذ هذا التعبير مظهرا سلبيا يعرف بالسكوت. مع الإشارة قبل التوقف عند هذه المظاهر إلى خصوصية العقود الشكلية المذكورة سابقا، ذلك أن الكتابة هي شرط تستوجبه قواعد الاثبات وليست مظهرا للتعبير عن الارادة فيها[1].

[1] - Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit.,. p 122.

وعلى ذلك، نقتصر في بحث مدى تأثر القانون المدني الفرنسي بالفقه المالكي في تنظيمه لهذه الصور بعقد المقارنة المباشرة بينهما دون محاولة البحث عن موقف القانون الروماني، ذلك أن المعروف على هذا الأخير أنه قانون شكلي بامتياز[1]، إذ أسسه صُناعه على سلطان الشكل لا على سلطان الإرادة. ثم حتى لو سلمنا بمنح الرومان الإرادة حيزا ضيقا آخر حياة تطور قانونهم، لا يمكن القول حينها أن القانون الروماني ترك للإرادة دورا بارزا في ميدان التصرفات القانونية، حيث بقيت العبرة للتعاقد اللفظي الشكلي دون مزاحمته من صور أخرى يتم فيها التعبير بغير اللفظ[2].

أما عن بحث هذه الصور فنستعرضه من خلال التعبير الإرادي الصريح والآخر الضمني (أولا)، ثم المظهر السلبي للتعبير ممثلا في السكوت (ثانيا):

أولا- التعبير الصريح والتعبير الضمني[3]:

يكون التعبير صريحا كلما انصرفت إرادة صاحبه إلى الكشف عنه بما هو مألوف بين الناس، ومظهر هذا التعبير قد يكون كلاما أو كتابة أو إشارة أو غير ذلك. فقد يكون التعبير بكلمات تدل على ما انطوت عليه إرادة المتعاقد مباشرة أو بواسطةٍ

---

[1]– Cf. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, FLOUR Jacques, op.cit., p.214 ; HUC Théophile, Du formalisme dans l'ancien droit romain, Théorie des droits réels Toulouse, Typographie de Bonnal et Gibrac, 1861, pp.5-8.

[2]- أنظر في ذلك أكثر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج1، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص. 90-92.

[3]– Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.111-115 ; MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, Leçons de droit civil, Les obligations, Théorie générale, Tome 2, Volume 1, Montchrestien, 2000, p.124; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., p. 244 ; LARROUMET Christian, Droit Civil, Tome3, Les obligations, Le contrat, Economica, 3e édition, 1996. pp.225-226,233-234 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.90,91-100.

مثالها التواصل عن طريق الهاتف. وقد يكون التعبير بالكتابة رسمية كانت أو عرفية. كما قد يكون التعبير إشارة ألف الناس دلالتها على معنى واضح مثل حال الأخرس الذي يهز رأسه عموديا (دلالة على القبول)، أو بهزه أفقيا أو هز الكتف (دلالة على الرفض)[1].

هذا وقد يشترط المشرع بنفسه أن يكون التعبير صريحا كما هو الحال في التضامن الاتفاقي بين المدينين حينما نص على ضرورة أن يكون صريحا (المادة 1202 ق م ف)، وهو الحال نفسه في وجوب أن تكون الكفالة برضاء صريح (2015 ق م ف)[2].

أما التعبير الضمني، فيكون كذلك إذا كان المظهر الذي اتخذه صاحبه ليس في ذاته موضوعا للكشف عن الإرادة، ولكن تفسيره لا يمكن إلا بافتراض وجود هذه الإرادة، وخير مثاله تسليم الدائن سند الدين للمدين إذ في ذلك ما يدل على إسقاطه للدين ما لم يثبت العكس وفقا لما نصت عليه المادة (1283 ق م ف)[3].

وبالرجوع إلى ما يقابل ما سبق من نصوص الفقه المالكي، نجد أن القانون المدني الفرنسي يتفق كل الاتفاق مع ما قال به المالكية بخصوص التعبير الارادي الصريح والتعبير الضمني، ونضرب لذلك بأمثلة مقتبسة من مراجع المذهب كالتالي:

1- Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.141-143 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p.108.

2- راجع أيضا في اشتراط المشرع الفرنسي أن يكون التعبير الصريح المواد (621، 843، 927، 1190، 1197، 1250، ..) ق م ف.

3- ومن أمثلته أيضا: التنازل الضمني عن التقادم (م 2221 ق م ف)، قبول الميراث (م 778 ق م ف).

– " الركن الأول الذي هو الصيغة التي ينعقد بها البيع هو ما يدل على الرضا من البائع ويسمى الإيجاب، وما يدل على الرضا من المشتري ويسمى القبول، وسواء كان الدال قولا كقول البائع بعتك وأعطيتك وملكتك بكذا وشبه ذلك، وقول المشتري اشتريت وتملكت وابتعت وقبلت وشبه ذلك، أو كان فعلا كالمعاطاة وهي المناولة، قاله في الصحاح وقال الشيخ زروق هي أن يعطيه الثمن فيعطيه المثمن من غير إيجاب، ولا استيجاب، انتهى. لأن الفعل يدل على الرضا عرفا والمقصود من البيع إنما هو أخذ ما في يد غيرك بعوض ترضاه، فلا يشترط القول ويكفي الفعل كالمعاطاة "[1].

– " والثالث: صيغة أو ما يقوم مقامها مما يدل على الرضا، وإليه أشار بقوله: (وما دل على الرضا) : من قول أو إشارة أو كتابة من الجانبين أو أحدهما، بل (وإن) كان ما يدل عليه (معاطاة) من الجانبين، ولو في غير المحقرات كالثياب والرقيق، بأن يدفع المشتري الثمن للبائع ويأخذ المثمن أو يدفعه له البائع وعكسه .. " [2].

– " والركن الثالث الصيغة، ويكفي فيها كل ما يدل على الرضا ولو معاطاة، خلافا لما يفهم من قوله فيما يأتي: والبيع ينعقد بالكلام، إلا أن يراد بالكلام كلما يفهم معه المراد ولو إشارة، لأن الكلام يطلق في اللغة على القول وعلى كل ما يحصل به الإفادة من إشارة وكتابة وغيرهما، وهذا هو المطلوب عند الفقهاء. قال خليل:

---

[1]– أنظر، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج 4، الطبعة الثالثة، دار الفكر، 1992، ص.228.

[2]– أنظر، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي الشهير بالصاوي المالكي، بلغة السالك لأقر ب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج3 ، دار المعارف، د ط، د س ط، ص. 14، 15؛ وراجع في هذا المعنى بتوسع، الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج3، ص. 2-5.

ينعقد البيع بما يدل على الرضا، وإن بمعاطاة، ولا يشترط في الصيغة تقدم إيجاب على قبول .. " [1].

وعلى ذلك يمكن القول إن الفقه المالكي عرف التعبير الصريح عن الإرادة من خلال اللفظ والكتابة والإشارة. كما عرف ما يقابل التعبير الضمني حين تنظيمه للتعاقد عن طريق المعاطاة. مع ملاحظة تتعلق بتوسع المذهب المالكي في إجازة التعاقد عن طريق الإشارة والمعاطاة، وفي ذلك ما يساير مقتضيات التعامل وما تتطلبه الحاجة العملية.

ومن أمثلة توسع المالكية في التعاقد بالإشارة قول الحطاب في شرحه: "وعلم أيضا أنه ينعقد بكل قول يدل على الرضا وبالإشارة الدالة على ذلك، وهي أولى بالجواز من المعاطاة .. قال الله تعالى: آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا. (آل عمران: 41) والرمز الإشارة، وقال ابن عرفة الصيغة ما دل عليه، ولو معاطاة في حمالتها ما فهم أن الأخرس فهمه من كفالة أو غيرها لزمه الباجي كل إشارة فهم منها الإيجاب والقبول لزم منها البيع ... " إلى حين قوله ".. وكل لفظ أو إشارة فهم منها الإيجاب والقبول لزم بها البيع وسائر العقود "[2].

أما عن توسع المذهب المالكي في التعاقد بالتعاطي أو المعاطاة فهو في إجازتها دون تمييز بين تافه المعقود عليه (محل العقد) ونفيسه، ومثاله تتمة الاقتباس أعلاه من الشرح الصغير للدردير " (وإن) حصل الرضا (بمعاطاة) بأن يأخذ المشتري المبيع ويدفع للبائع الثمن أو يدفع البائع المبيع فيدفع له الآخر ثمنه من غير تكلم ولا إشارة،

---

[1]- أنظر، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ج2، دار الفكر، د ط، د س ط، ص. 73.

[2]- الحطاب الرعيني المالكي، المرجع السابق، ج4، ص. 229.

ولو في غير المحقرات ولزم البيع فيها بالتقابض أي قبض الثمن والمثمن .."[1].

وفي هذا كله توافق بين القانون المدني الفرنسي والمذهب المالكي بخصوص التعبير الصريح عن الارادة والتعبير الضمني، ليثار التساؤل بعد ذلك عن موقفهما من التعبير الذي يكتفي فيه صاحبه بالسكوت ؟

ثانيا- السكوت:

مما لا شك فيه بداية أن السكوت موقف سلبي في التعبير عن الارادة فلا يمكن اعتبار مجرد السكوت ايجابا. أم بالنسبة للقبول، فهو ما يثار بشأنه التساؤل فيما لو وجه شخص لآخر ايجابا بإبرام عقد معين، ولم يقم الطرف الثاني بالرد عليه قولا أو كتابة أو إشارة، ولم يفعل ما يفهم منه موافقته على الإيجاب، بل اكتفى بمجرد السكوت ؟

وبالعودة إلى موقف القانون الفرنسي من خلال فقهه في هذا المجال[2]، نجده يقرر قاعدة عامة ترد عليها استثناءات.

أما القاعدة العامة فهي أن السكوت في ذاته مجرد عن أي ظروف ملابسة له لا

---

[1]- الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، المرجع السابق، ص. 3؛ وفي نفس المعنى راجع، الصاوي على الشرح الصغير، ج3، المرجع السابق، ص. 14، 15؛ الحطاب الرعيني المالكي، المرجع السابق، ج3، ص. 228؛ محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج 4، دار الفكر، بيروت، ص. 434، 435.

[2] – Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.115-122 ; MAZEAUD H. L. J et CHABAS F, op.cit., pp.132-135; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., p245 ; LARROUMET Christian, op.cit., pp.236-238 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.100-101.

يكون تعبيرا عن الإرادة. ذلك أن التعبير هو عمل إيجابي ومجرد السكوت عمل سلبي لا ينتج إلا العدم، ولا يمكن أن نخلق من الوجود عدما، وإلا ارتبط الكثير بعقود لم يقبلوا بها مما يعرض الروابط القانونية إلى الاضطراب.

ولقد دعم القضاء الفرنسي هذا المبدأ في الكثير من اجتهاداته[1]، منها ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قرارها الشهير بخصوص سكوت شخص عن الرد على خطاب يعتبره فيه مرسله مساهما في شركة معينة، ويخبره بأنه سجل في حسابه قيمة الأسهم التي احتسبها عليه، وكيف أن سكوته لا يعتبر قبولا بالاكتتاب في الأسهم المذكورة [2].

على أن هذه القاعدة العامة يرد عليها بعض الاستثناءات بنصوص قانونية تارة، وباجتهادات قضائية تارة أخرى:

I – الاستثناءات القانونية: نذكر منها:

أ- بقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الايجار مما يفضي إلى إيجاب ضمني بتجديد الايجار، فاذا سكت المؤجر اعتبر سكوته قبولا لهذا الإيجاب وتجدد عقد الايجار (م 1738، 1759 ق م ف).

---

[1]- Cass. Civ., 1 re, 16 avril 1996, « Le silence ne veut pas, à lui seul, acceptation » ; Cass. Civ., 1 re, 18 avril 2000, « Le silence opposé à l'affirmation d'un fait ne vaut pas, à lui seul, reconnaissance de ce fait », www.legifrance.gouv.fr.

[2]- Cass. Civ., 25 mai 1870, « en droit, le silence de celui qu'on prétend obligé ne peut suffire, en l'absence de toute autre circonstance, pour faire preuve contre lui de l'obligation alléguée » ., www.legifrance.gouv.fr.

ب- سكوت الدائنين المرتهنون عند لجوء الحائز للعقار المرهون لتطهيره وعرضه عليهم قيمة العقار، فإن الدائنين يعتبروا قد قبلوا هذا العرض بعد مضي ستين يوما دون أن يبدي أحد منهم رغبته بالزيادة على هذا العرض (م 2168 ق م ف).

II – الاستثناءات القضائية: إذ تتعلق هذه الاستثناءات بملابسات معينة يستفاد منها اتجاه إرادة الساكت للقبول[1]، ونذكر منها:

أ- إذا كان العرف التجاري يقضي باعتبار السكوت دليلا على الرضاء كالحساب الذي يؤديه الوكيل للموكل فلا يعترض هذا الأخير عليه مما يجعل سكوته وفق التقاليد التجارية اقرارا لذلك الحساب[2].

ب- وجود تعامل سابق بين المتعاقدين، ومثاله تاجر يرسل البضائع إلى عميل اعتاد إرسال البضائع إليه دون أن ينتظر منه الرد، حيث يعتبر سكوت العميل قبولا [3].

ج- أن يكون الإيجاب نافعا من كل الوجوه لمصلحة من وجه إليه فإن سكوت هذا الأخير يعتبر قبولا كحال سكوت الموهوب له في الهبة التي لا يشترط فيها رسمية [4] .

---

[1] – Cass. Civ., 1 re, 24 mai 2005, « Il n'en est pas de même lorsque les circonstances permettent de donner à ce silence la signification d'une acceptation »., www.legifrance.gouv.fr.

[2] – Cass. Com., 3 nov 2004, n° 01-16.238 ; Cass. Com., 22 nov 2005, n° 04-12.900, www.courdecassation.fr.

[3] – Cass. Com., du 26 janvier 1993, 91-12.606 ; Cass, Civ., 1 re, 18 février 2015, 14-12.665, www.legifrance.gouv.fr.

[4] – Cass. Com., 4 juillet 1989, n° 88-13.722, www.legifrance.gouv.fr ; Cass. Com.,18 janvier 2011 , n° 09-69.831, www.courdecassation.fr.

وقبل الرجوع إلى ما يقابل ما سبق من الفقه المالكي، جدير بالإشارة الى أن أساس المعاملات والعقود في الفقه الاسلامي عامة هو الرضاء. والذي لا يتحقق غالبا إلا بالإيجاب والقبول القولي. فكان الأصل في السكوت ألا يعتبر تعبيرا عن الارادة وفق للقاعدة الفقهية المشهورة: " لا ينسب إلى ساكت قول "[1].

لكن وكما قد يتحقق الرضاء بالتعبير الصريح أو بالتعاطي (الفعل) كما رأينا سابقا[2]، قد يتحقق الرضاء بتعبير من جانب وسكوت من جانب آخر بما يدل على الرضاء. فكانت تتمة القاعدة الفقهية السابقة "ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان"، حيث تندرج في نطاقها مسائل تفصيلية كثيرة [3] نتعرض لأهمها من نصوص الفقه المالكي وفقا للتالي :

1/- سكوت المالك عند تصرف الفضولي :

إذا تصرف الفضولي في ملك الغير ببيع في حضور المالك فسكت هذا الأخير و لم يمنعه رغم أهليته للتصرف، لزمه البيع ولا يعذر بسكوته إذا ادعاه[4] . بل أن حقه في الثمن أيضا يسقط إذا سكت و لم يطلبه لمدة سنة لاستحقاق البائع الثمن بالحيازة [5].

---

[1]- أنظر في هذه القاعدة، أحمد ابن محمد الحنفي الحموي، غمز عيون البصائر في شرح كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1985، ص. 438 وما يليها.

[2]- راجع الصفحة 40، 41 من هذه الدراسة.

[3]- ولبيان جميع الحالات التي يعتبر السكوت فيها قبولا نظرا لظروف ملابسة راجع، أحمد ابن محمد الحنفي الحموي، المرجع السابق، ص. 438-447.

[4]- الصاوي على الشرح الصغير، المرجع السابق، ج3، ص. 26.

[5]- الحطاب الرعيني المالكي، المرجع السابق، ج4، ص. 271.

2/- سكوت الولي عند بيع أو شراء من تحت ولايته:

إذا رأى الولي من تحت ولايته يبيع ويشتري فسكت و لم يمنعه من التصرف أعتبر سكوته رضا وإذنا في التجارة. ويعتبر البيع لازما حينها كون حضور الولي وسكوته إذن وإقرار للبيع[1].

3/- سكوت الشفيع:

سكوت الشفيع عن طلب الشفعة بعد علمه بالبيع يعتبر رضا بالعقد وإقرارا بالتنازل عن الشفعة فيسقط حقه عن طلبها. وفي ذلك جاء" إن سكت الشفيع مع علمه بهدم أو بناء في الأرض من قبل المشتري، ولو لإصلاح، أو سكت بلا مانع شهرين، إن حضر العقد تسقط الشفعة. وإلا فتسقط بحضوره ساكتا بلا عذر سنة. فإذا مضت السنة وهو حاضر في البلد ساكت بلا مانع فلا شفعة له "[2].

4/- السكوت في الوديعة:

والوديعة توكيل بحفظ مال، كما تنعقد بالإيجاب والقبول صراحة تنعقد كذلك بالإيجاب والسكوت المفيد للقبول دلالة. وفي هذا جاء من المذهب المالكي: " .. وإذا علم أن الإيداع ما ذكر علم أن الوديعة مال وكل على مجرد حفظه وظاهره أنه لا يشترط فيه إيجاب وقبول، وهو كذلك، فمن وضع مالا عند شخص و لم يقل له احفظه أو نحوه ففرط فيه كأن تركه وذهب فضاع المال ضمن، لأن سكوته حين

---

[1]- مع الإشارة إلى وجود قول آخر يعتبر البيع غير لازم يبنى على عدم اعتبار السكوت إذن في المذهب المالكي، وفي تفصيل ذلك راجع، الحطاب الرعيني المالكي، المرجع السابق، ج4، ص. 244-245.

[2] – الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج3، ص. 484، 485.

وضعه يدل على قبول حفظه.."[1].

5/- الصلح على السكوت:

ويعرف المالكية الصلح[2] بأنه انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه. ويقسمه فقهاء المذهب إلى ثلاثة أقسام هي الصلح عن إقرار، والصلح عن إنكار، والصلح عن سكوت. وفي هذا الأخير يسكت المدعى عليه عن إجابة دعوى المدعي فيصالحه بدفع شيء على أن يترك المدعي الدعوى[3]. ويجري أغلب فقهاء المالكية حكم الإقرار على أحكام السكوت في الصلح من معاوضة أو إجارة أو هبة[4].

هذا وبالإضافة الى ما سبق، تعرض الفقه المالكي لحكم السكوت الدال على القبول في مسائل أخرى[5]، نذكر منها ما جاء في شرح قاعدة " السكوت على الشيء هل هو اقرار به أم لا وهل هو إذن أم لا " [6]:

---

[1] – الدسوقي على الشرح الكبير، نفس المرجع، ص. 419.

[2] – أنظر، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج 6، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1994، ص. 3، 4؛ صالح عبد السميع الآبي الأزهري، جواهر الاكليل شرح مختصر الشيخ خليل في مذهب الامام مالك امام دار التنزيل، المكتبة الثقافية بيروت، ص. 102.

[3]– الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ص.311؛ صالح الأزهري، المرجع السابق، ص. 103.

[4]– الدسوقي على الشرح الكبير، نفس المرجع، ص. 309 و311؛ صالح الأزهري، نفس المرجع، ص. 102.

[5]– من أشهرها في غير المعاملات المالية سكوت البكر عند استئذانها للنكاح، مع الاشارة إلى أن الفقه المالكي يستثني أبكارا لا يكتفى بصمتهن بل لا بد من إذنهن بالقول عند استئذانهن في النكاح، راجع في تفصيلها، الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج2، ص. 224 وما يليها؛ الصاوي على الشرح الصغير، المرجع السابق، ج2، ص. 367، 368.

[6]– أنظر، أحمد ابن يحي الونش ريسي، ايضاح المسالك إلى قواعد الامام أبي عبد مالك، تحقيق الصادق بم عبد الرحمن الغرياني، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2006، ص. 159-161.

- سقوط الفخار من يد مقلبه إذا أخد بغير إذن صاحبه الذي رآه يفعل وسكت. وفي نفس معناها أيضا سقوط المكيال من يد المشتري بعد امتلائه وقد كال بغير إذن البائع الذي رآه وسكت.

- سكوت مالك الأرض على من يغرس فيها أو يبني فيها رغم علمه بذلك.

- من حاز شيئا يعرفه لغيره فباعه على أنه لنفسه وسكت المالك لا ينكر بيعه، قطع سكوته دعواه.

-كراء الدور والأراضي بزراعة أرض الغير بغير إذن منهم وسكوتهم رغم العلم.

- سكوت الغرماء عن عتق الغريم وطال ذلك، أو سكتوا حتى قسموا الورثة التركة ..إلخ.

إلى أن قال " والذي تدل عليه مسائل المذهب، أن كل ما يدل على ما في نفس الانسان من غير نطق فإنه يقوم مقام النطق .." [1].

ليتضح مما سبق اتفاق القانون الفرنسي مع المذهب المالكي في الموقف من صلاحية السكوت للتعبير عن الارادة، كونهما ينطلقا من قاعدة عامة تقضي بعدم صلاحية السكوت للتعبير عن الارادة وهو ما تجسد اختصارا في قاعدة " لا ينسب لساكت قول". إلا أن لهذه القاعدة استثناء اتفقا عليه يقترن فيه السكوت بأمارات تدل على معنى القبول وفق ما يعرف بالسكوت الملابس أو تتمة القاعدة السابقة " ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان ". وهو ما يكمل موافقة القانون المدني الفرنسي للفقه المالكي في تنظيم كل صور التعبير السابقة، مما يجعل التساؤل يطرح حول مدى انطباق هذا التماثل في موقفهما من مخالفة التعبير الظاهر للتعبير الباطن، والتعبير الذي يعتد به حينها؟

[1]- أحمد ابن يحي الونشريسي، المرجع السابق، ص. 161.

الفرع الثاني
الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة

إن التعبير عن الإرادة قد ينطبق كل الانطباق على ما انطوت عليه نفس المتعاقد من إرادة وعليه كان الأخذ بالإرادة الكامنة أو بمظهرها المادي سيان، إلا أن الإشكال الذي يثور هنا، هو الحالة التي يختلف فيها التعبير الباطن عن التعبير الظاهر؟ فما هو التعبير الذي يعتد به ؟ ومثال ذلك أن يمضي أحد المتعاقدين على عقد ودون أن يشعر يجد نفسه قد مضى على شرط كان لا يمكن أن يقبل به. ففي مثل هذه الحالة تكون إرادة المتعاقد الباطنة عدم قبول هذا الشرط غير أن إرادته الظاهرة قابلة للشرط ؟

وللإجابة على هذا التساؤل والكشف عن موقف المشرع الفرنسي ومدى توافقه مع أحكام الفقه المالكي، لابد من الرجوع إلى النظريتين التي تتنازعه بداية، ثم الانتقال بعد ذلك لنصوص الفقه المالكي وفقا للتالي:

أولا– نظرية الإرادة الباطنة ونظرية الإرادة الظاهرة[1]:

أمام تعارض النظريتين في الإرادة التي يُعتد بها إذا اختلف التعبير الباطن عن الظاهر، سنحاول التعرض لكل نظرية على حده وفقا للتالي:

---

[1]– أنظر في تفصيل النظريتين وحجج كل فريق:
DEMOGUE René, Traité des obligations en général, Sources des Obligations, Tome 1, Librairie Arthur Rousseau , Paris, 1923, pp.88-104 ; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.108-111 ; MAZEAUD H. L. J et CHABAS F, op.cit., pp. 108-111 ; CARBONNIER Jean, op.cit., pp.90-91 ; LARROUMET Christian, op.cit., pp.142-144.

I- نظرية الإرادة الباطنة:

تتزعم الأخذ بهذه النظرية المدرسة الفرنسة المشبعة بتقديس الرابطة التعاقدية بين الدائن والمدين، وصبغ الالتزام وفق ذلك بصبغة شخصية مؤسسة كنتيجة حتمية على مبدأ سلطان الإرادة. فمادامت إرادة المتعاقدين هي التي تخلق الالتزام وتحدد مداه، يجب البحث عن هذه الإرادة فيما تنطوي عليه النفس وما يستكن في الصدر. فهذه الإرادة التي جالت في الخاطر وانعقدت في الضمير هي التي يعتد بها. أما مظهر التعبير عنها فليس إلا دليلا عليها، ولا يعتد به إلا بالقدر الذي يفصح به عن الإرادة الباطنة بأمانة ودقة. وانطلاقا من هذا، على القاضي أن يتحرى عن النية الحقيقية لمن صدر منه التعبير. وما يلاحظ في هذا المجال أن أنصار مذهب الإرادة الباطنة لا يهملون الإرادة الظاهرة كل الإهمال، بل يعتبروها دليلا على الإرادة الباطنة.

هذا ورغم أن نظرية الإرادة الباطنة نظرية فرنسية بحتة، إلا أن البعض من الفقهاء الألمان — يتقدمهم الفقيه سافيني - دافعوا عنها وقالوا بضرورة أخد القانون الألماني بها، بل اعتبروها في كثير من الأحيان بديهية لا تحتاج إلى دفاع[1].

ومن مظاهر مسايرة المشرع الفرنسي لما جاءت به المدرسة التي ينتمي إليها في هذا الشأن، ما جاء به في نص المادة 1156 ق م[2]، حيث قرر وجوب البحث في العقود عن نية المتعاقدين المشتركة لا الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ[3]. مع الإشارة

1- Cf. DEMOGUE René, op.cit., pp.89-90 ;

عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج1، المرجع السابق، ص. 168.

2-Article 1156 : « On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ».

3-Cf. MAZEAUD H. L. J et CHABAS F, op.cit., p.109 ; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p.110 ; CARBONNIER Jean, op.cit., pp.81-83, et pp. 90-91.

إلى تعلق هذه المادة بالألفاظ غير الواضحة أكثر من امتداداها للألفاظ الواضحة، ذلك أن القاضي لا يستطيع العدول عن الارادة الواضحة لأخرى يفترض أنها الارادة الحقيقة للمتعاقدين[1] .

II- نظرية الإرادة الظاهرة:

فالبرغم مما كان للألمان من جهد في تدعيم الأخذ بنظرية الإرادة الباطنة، إلا أنه وفي النصف الثاني من القرن التاسع عشر، بحث فقهائهم في هذه النظرية بحث المدقق المنتقد، وخرجوا من ذلك بأن الإرادة النفسية لا يجوز أن يكون لها أثر في القانون، فهي شيء كامن في النفس لا يصح أن يُحَاسِب عليه الإنسان أو يُحَاسَب، والإرادة التي تنتج أثرا قانونيا هي الإرادة في مظهرها الاجتماعي. ولا تأخذ الإرادة مظهرا اجتماعيا إلا عند الإفصاح عنها، فالعبرة بهذا الإفصاح إذ هو الشيء المادي الذي يستطيع القانون أن يحيط به، خاصة أن القانون ظاهرة اجتماعية وليس ظاهرة نفسية. ويصطلح الفقه [2] على هذه النظرية عادة بنظرية الإفصاح عن الإرادة.

ثانيا- موقف الفقه المالكي من مخالفة الإرادة الباطنة للإرادة الظاهرة:

بالرجوع إلى النصوص المنظمة لصيغة العقد في الفقه المالكي[3]، تتضح جليا مدى العناية التي أولاها فقهاء المذهب لصناعة الألفاظ في إنشاء التصرفات القانونية. وقد

1- Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p.373.

2- Cf. DEMOGUE René, op.cit., p.88.

3- أنظر فيها، الحطاب الرعيني المالكي، المرجع السابق، ج4، ص. 229 وما يليها؛ الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج3، ص. 2-6؛ مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، المرجع السابق، ص. 269؛ الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج 3، مؤسسة الريان للطبع والنشر والتوزيع، لبنان، الطبعة الأولى، 2002، ص. 206-218.

تبين سابقا أن الصيغة هي كل ما يدل على الرضا من الطرفين[1]، سواء كان لفظا مثل بعثك واشتريت، أو كتابة كأن يرسل البائع للمشتري الموافقة على البيع بالبريد (أو الفاكس أو ما شابههما)، أو كان إشارة دالة على الرضا من الجانبين، أو معاطاة يأخذ من خلالها المشتري السلعة ويدفع الثمن دون أن يكلم البائع.

ولما كانت معرفة وضوح معنى اللفظ من عدمه لا تتأتى إلا بدراسته، اعتنى الفقهاء بصيغة العقد اللفظية عناية بالغة، وجعلوا الصيغ تتمثل في:

I- صيغ الماضي: ومثالها، بعت واشتريت، وهي صيغة يؤثرها الفقهاء لما فيها من وضوح لا يقبل معه ادعاء خلاف ذلك، تعارف الناس على استعمال هذه الصيغة، وأقرهم الإسلام عليها لدلالتها على الإرادة الحاسمة وحدوث الشيء قطعا من غير احتمال معنى آخر. وعلى ذلك تعتبر صيغة الماضي لفظ يتمخض للحال فينعقد به العقد من غير توقف على شيء آخر كالنية أو القرينة، وفي هذا أخذ بالإرادة الظاهرة حيث تعتبر واضحة هنا[2].

II- صيغ المضارع، والاستقبال، والأمر، والاستفهام : ومثالها، أبيع وأشتري، وسأبيع وسأشتري، وبعني ثوبك، وأن يقول المشتري للبائع أتبيع مني هذا الشيء، فلأنها كلها صيغ تحتمل إما الحال أو الاستقبال، وجب الرجوع فيها إلى الظروف والملابسات أو القرائن لتعيين المراد في الحال، ذلك أن الصيغة لا بد أن

---

[1]- راجع الصفحات 40-42 من هذه الدراسة.

[2]- " الحاصل أن الماضي ينعقد به البيع اتفاقا ولا عبرة بقول من أتى به أنه لم يرد البيع أو الشراء، ولو حلف والمضارع إن حلف من أتى به أنه لم يرد البيع أو الشراء قبل قوله ولا لزم، وأما الأمر فهل هو كالماضي وهو قول مالك وابن القاسم في غير المدونة أو كالمضارع وهو قول ابن القاسم في المدونة (قوله: ولكن الأرجح والمعمول عليه أن عليه اليمين) لأنه قول ابن القاسم في المدونة"، الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج3، ص. 3.

تتمخض للحال دون الاستقبال[1].

وتأسيسا على ما سبق انطلق المذهب المالكي من عدم جدوى البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين متى انعقد العقد بصيغة الماضي، ذلك أن الصيغة تتمخض للحال حيينها ويؤخذ فيها بالإرادة الظاهرة .أما صيغة المضارع المحتملة لكل من الحال والاستقبال، فإن محلها البحث عن الإرادة الباطنة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، وهو نفس الاتجاه بخصوص صيغة الاستفهام والاستقبال، وكيف أن تمخضها للاستقبال لا يعقد بهما العقد حالا. لتأتي صيغة الأمر بعد ذلك وكيف أنها تتمخض للحال تارة وينعقد لها العقد دون البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، أو أنها تحتمل الحال والاستقبال تارة أخرى مما يستوجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين[2].

[1]– " فإن قول المشتري لمن بيده سلعة بعني سلعتك بعشرة لا يدل صريحا على إيجاب البيع من جهة المشتري، لأنه إما آمر للبائع أن يبيعه أو ملتمس منه ذلك ويحتمل أن يكون راضيا به أو غير راض به لكن العرف دال على أن قائل ذلك طالب ومريد للبيع وراض به، لأن بعني صريح في أمر المشتري للبائع بالبيع واستدعائه منه وطلبه له وإرادته إياه وحصول مطلوب يصير به مبتاعا، فإذا أجابه البائع بحصول مطلوبه فقد تم له ما أراده من وجود البيع .. ". وذكر المؤلف أيضا " ليس للإيجاب والقبول لفظ معين. وكل لفظ أو إشارة فهم منها الإيجاب والقبول لزم به البيع وسائر العقود إلا أن في الألفاظ ما هو صريح مثل بعتك بكذا فيقول قبلت أو ابتعت منك فيقول بعت فهذا يلزمها، وأما الألفاظ المحتملة، فلا يلزم البيع بها بمجردها حتى يتنزل بها عرف أو عادة أو ما يدل على البيع مثل أن يقول المبتاع بكم فيقول البائع بدينار فيقول قبلت فيقول البائع لا أبيعك، فإن كان في سوق تلك السلعة فروى أشهب يلزمه البيع، وروى ابن القاسم يحلف ما ساومه على البيع، ولا يلزمه.." إلى أن قال " وحاصله التفرقة بين أن تكون الصيغة بلفظ الماضي فتلزم أو بلفظ المضارع فيحلف ونحوه لابن عبد السلام فقال: حاصل كلامه أنه إن أتى بصيغة الماضي لم يقبل منه رجوع، وإن أتى بصيغة المضارع فكلامه محتمل على ما أراده"، الحطاب الرعيني المالكي، المرجع السابق، ج4، ص. 229، 230 .

[2]– وهو الموقف ذاته في بقية المذاهب الفقهية، ولتفصيل ذلك راجع، وهبة الزحيلي، ج4، المرجع السابق، ط 4، ص. 2935–2937؛ صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، بحث مقارن في المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة، ج2، الطبعة الثالثة، دار العلم للملايين،1983، ص. 353–364؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 1، المرجع السابق، ص. 85 وما يليها.

وبالمقارنة بين أحكام الفقه المالكي والقانون المدني الفرنسي في هذا الشأن، نجد أنهما اتفقا على وجوب البحث عن الارادة الحقيقية للمتعاقدين متى كانت عبارات العقد غير واضحة (كما في القانون الفرنسي أعلاه) أو صيغة العقد تحتمل الحال والاستقبال (كما هو حال الفقه المالكي أعلاه). ذلك أن المظهر الذي يعتد به الفقه المالكي شأنه شأن الفقه الإسلامي عامة في الأصل هو اللفظ أولا قبل الكتابة وقبل الإشارة وقبل أي مظهر آخر طالما كانت الإرادة واضحة وظاهرة بحيث لا يجوز الانحراف عنها للتعرف على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين. إلا أنه في كثير من الأحوال لم يغفل الإرادة الباطنة حين القول بضرورة البحث عنها في حيز كبير يشمل بقية العقود المنعقدة بألفاظ لا تكون دلالات الالفاظ واضحة فيها، ولهذا قيل في الفقه الاسلامي عامة ومنه المالكي:"العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني"[1].

الفرع الثالث
صور خاصة للتعبير عن الإرادة

رغم أن العقد يفترض التعدد بوجود إرادتين متطابقتين وفق ما سبق التعرض له، إلا أن بعض التصرفات القانونية تصدر استثناء من جانب واحد بغية إحداث أثر قانوني وفق ما يعرف بالتصرف الانفرادي (أو الإرادة المنفردة)، فضلا عن وجود حالة أخرى تحل فيها محل إحدى الارادتين أو كليهما إرادة شخص أخر وفق ما يعرف بالنيابة في التعاقد.

[1]– أنظر في هذه القاعدة الفقهية، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، الطبعة الثانية، دمشق، 1998، ص. 55–76؛ عزت عبيد الدعاس، القواعد الفقهية مع الشرح الموجز، دار الترميدي، الطبعة الثالثة، 1989، ص. 14، 15.

وعلى ذلك سنحاول البحث عن مدى تأثر القانون المدني الفرنسي بالفقه المالكي في تنظيمه لهاتين الحالتين بالتوقف عند الإرادة المنفردة (أولا)، ثم النيابة في التعاقد (ثانيا):

أولا- الإرادة المنفردة (La volonté unilatérale):

قبل البحث عن موقف المشرع الفرنسي من الارادة المنفردة كمصدر منشئ للالتزامات ومن ثمة التوقف عند مدى تأثره بالفقه المالكي في هذا الشأن، تجدر الإشارة إلى الفرق بين التصرف الانفرادي والعقد الملزم لجانب واحد في القانون المدني الفرنسي، ذلك أن هذا الأخير لا ينشأ إلا بتطابق إرادتي شخصين، وإن كان لا يرتب التزاما إلا في ذمة أحدهما فقط كما اتضح من خلال تفرقة القانون المدني الفرنسي بين العقود الملزمة لجانبين (المادة 1102 من ق م ف) والعقود الملزمة لجانب واحد (المادة 1103 ق م ف) [1]. ويعتبر هذا الأخير ملزما لجانب واحد، كونه ثنائي من حيث انعقاده وآحادي من حيث آثاره. أما التصرف بالإرادة المنفردة فهو آحادي من حيث نشوئه، لدى يمكن تعريف هذا الأخير على أنه عمل قانونيا صادر من جانب واحد[2].

ومما لا خلاف حوله أن الإرادة المنفردة لشخص، لا يمكن أن تكون مصدر التزام يقع على عاتق شخص آخر، حيث لا يمكن لشخص بإرادته أن يلزم شخصا آخر رغما عن إرادته. أما الذي وقع الخلاف حوله فيتجلى في معرفة مدى قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزامات من جهة، واعتبارها بذلك مصدرا من مصادر الالتزام

---

[1]- راجع الصفحة 26 من هذه الدراسة.

[2]-Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.35-36 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p.362 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., p.199.

مثلها مثل أي مصدر من جهة أخرى ؟

ولأن التصرف الانفرادي ومدى اعتباره مصدرا من مصادر الالتزام مما ثار فيه خلاف تاريخي[1] كبير بين الفقه الفرنسي امتد إلى وقتنا الحالي[2] من جهة، ثم لما تلعبه الارادة المنفردة من دور مهم في مجال التصرفات القانونية من جهة أخرى. سنحاول البحث عن مدى تأثر هذا الأخير بالفقه المالكي في هذا الشأن بالتعرض أولا إلى موقف الفقه الغربي المنقسم حول قدرة الارادة المنفردة على انشاء الالتزام (أولا)، ثم ننتقل بعدها لموقف الفقه المالكي من هذا النوع من التصرفات ونبحث في الوقت ذاته عن مدى تأثر القانون الفرنسي بالفقه المالكي في هذا الشأن (ثانيا).

I- الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في الفقه الغربي:

ظل العقد لوقت طويل هو المصدر الوحيد للالتزام الإرادي، فكان هذا الالتزام لا ينشأ إلا باتفاق إرادتين على إنشاءه. ثم ظهرت فيما بعد اتجاهات حديثة، تنادي بنظرية جديدة للالتزام، تقول أن للإرادة المنفردة القدرة على ترتيب آثار قانونية، كان إنتاجها إلى وقت قريب، مقصورا على ضرورة توافق الارادتين[3].

ونتيجة لظهور هذه الاتجاهات الجديدة التي تخالف الرأي القائل بوحدانية العقد في كل تصرف إرادي، اختلفت الآراء في اعتبار الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام، حيث انقسم الفقه الغربي في هذا المجال إلى قسمين، قسم لا يعتبر الإرادة المنفردة

1- Cf. DEMOGUE René, op.cit., pp.51-63 ; JOSSERAND Louis, op.cit., pp.220-223.

2- Cf. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p.370.

3- أنظر، محمد تقية، محمد بن أحمد تقية، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون والشريعة الإسلامية، مؤسسة الكتب الثقافية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1999، ص. 57.

قادرة على انشاء الالتزامات، وذاك هو الفقه الفرنسي، وقسم آخر يعترف بالإرادة المنفردة كمصدر من تلك المصادر في أحوال معينة، وهذا هو الفقه الألماني. وعلى هذا النحو سنحاول الوقوف عند هذا الخلاف بالتعرض بداية إلى الاتجاهين (أولا)، لننتقل إلى تقدير آراءهما (ثانيا).

أ- الارادة المنفردة بين النظرية الفرنسية والنظرية الألمانية:

تذهب هذه النظرية إلى أن الإرادة المنفردة لا يمكنها أن تنشأ التزاما وإلى أن الالتزام الذي ينشأ عمل قانوني لا يكون مصدره إلا اتفاق إرادتين وهو العقد. ولقد ورث القانون الفرنسي هذه القاعدة من تقاليد القانون الروماني، ومن هذا الأخير انتقلت الى القانون الفرنسي القديم، ثم أصبح من القواعد المقررة في القانون المدني الفرنسي أن مجرد الإرادة المنفردة لا تنشأ التزاما [1].

فبالرجوع إلى الأسس التي رفض بها الفقه الفرنسي هذه النظرية، نجد الفقيه الفرنسي بوتييه POTHIER – وهو من أشهر فقهاء القانون الفرنسي القديم – يقول في هذا الصدد: " .. كما أنني لا أستطيع بمجرد إرادتي أن أنقل إلى شخص حقا على أموالي إذا لم تتحد أرادته مع إرادتي لكسب هذا الحق، كذلك لا أستطيع بمجرد ايجابي أن أعطي على نفسي حقا لآخر، حتى تتحد إرادته مع إرادتي لكسبه، ويكون ذلك بقبوله .. "[2].

---

[1]– Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p.9 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean Luc, op.cit., p.362.

[2] – « … car il ne peut y avoir d'obligation, sans un droit qu'acquiert la personne envers qui elle est contractée contre la personne obligée ; or de même que je ne peux pas par ma seule volonté transférer à quelqu'un un droit dans mes biens, si sa volonté ne concourt pour l'acquérir ; de même je ne peux pas par ma promesse accorder à quelqu'un un droit contre ma personne , jusqu'à ce que sa volonté concoure pour

وعلى ذات النهج ، دعم شراح[1] القانون المدني الفرنسي هذا الرفض فيما بعد من خلال حجج برروا بها عدم قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزام يتمثل أهمها في أن هذه النظرية غير قائمة على أساس صحيح. ذلك أنه حتى وإن أمكن فهم التزام المدين بإرادته المنفردة، فلا يمكن أن نفهم كيف يصبح الدائن دائنا دون إرادته. ثم إذا قيل إن المدين يلتزم لغير دائن، فما معنى هذا الالتزام وما قيمته ؟ أما إذا قيل إنه لابد من إرادة الدائن حتى يصبح دائنا، فهذا هو توافق الإرادتين ومنه ينشأ العقد. ثم حتى في الحالة التي نقول أن التصرف تم بإرادة منفردة نكون أمام عقد، فالهبة مثلا وهي مظنة التزام الشخص بإرادته المنفردة، نص في شأنها القانون صراحة على أنها لا تتم إلا بقبول صريح من الموهوب له (م 932 ق م ف[2]). وإذا قيل أن للإرادة المنفردة سلطانا يمكنها من أن تولد التزاما، فكيف لا يقال أن هذه الإرادة تستطيع أيضا أن تقضي هذا الالتزام، فما تستطيع الإرادة أن تعقده تستطيع وحدها أن تحله، وبهذا يصبح التزام من التزم بإرادته المنفردة معلقا على محض إرادته فيكون التزاما باطلا [3].

ولعل ما يلاحظ بالوقوف عند الاعتبارات التي جعلت النظرية الفرنسية على هذه الشاكلة، أن هذا الموقف نتيجة حتمية للأخذ بالنظرية الشخصية في الالتزام. فما

---

l'acquérir par l'acceptation qu'elle fera de ma promesse … », POTHIER Robert Joseph, Traité des obligations, Tome 1, Bruxelle , Langlet et compagnie, Libraires,1835, p.6.

[1] – يتقدمهم الفقيه بلانيول (PLANIOL) باعتباره على رأس خصوم نظرية الإرادة المنفردة، ويتسع الاعتراض على قدرة الارادة المنفردة لوحدها على انشاء الالتزامات عند الانتقال إلى موقفه مع الأستاذين ريبر (RIPERT) واسمان (ESMEIN)، راجع في ذلك،

PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.11-14.

[2] –Article 932: « La donation entre vifs n'engagera le donateur, et ne produira aucun effet, que du jour qu'elle aura été acceptée en termes exprès.

L'acceptation pourra être faite du vivant du donateur par un acte postérieur et authentique, dont il restera minute ; mais alors la donation n'aura d'effet, à l'égard du donateur, que du jour où l'acte qui constatera cette acceptation lui aura été notifié ».

[3] – Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.13-14.

دام الالتزام رابطة بين شخصين، من ثمة لا يمكن أن ينشأ دون أن يكون له دائن، أو دون إرادة هذا الدائن، وهذا ما يؤدي إليه اعتبار الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام[1].

هذا ويلاحظ أن القانون الفرنسي عند تعريفه للعقد الملزم لجانب كما تبين من خلال المادة 1103 ق م ف أعلاه، أدرج وفق معناه الكثير من التطبيقات مثالها إضافة للهبة كل من: (الوصية، إنشاء بعض المؤسسات، التخلي عن حق كحق إرث والتنازل عن حق عيني، إجازة عقد قابل للإبطال...الخ)، حيث تقدم أن هذا النوع من العقود في القانون المدني الفرنسي حتى وإن كان لا يرتب التزاما إلا في ذمة طرف واحد هو المدين، إلا أن هذا الأخير لا يمكنه أن ينشأه إلا بتوافق إرادته مع إرادة الطرف الآخر (الدائن)، وبذلك هو ثنائي من حيث انعقاده، آحادي من حيث آثاره. مما يعني أن هذه التطبيقات لا يمكن أن تنشأ في كل الأحوال إلا عن طريق الاتفاق[2].

ثم أن القانون الفرنسي لم يعتبر العقد الملزم لجانب واحد قادرا على أن يكون التزاما عاما، إذ لا يمكنه أن ينشأ آثار قانونية تحمل على عاتق من أنشأه إلا في أحوال معينة فقط، ذلك أن هذا النوع من العقود حتى وإن نص عليه القانون كنوع من أنواع العقد بصفة عامة، إلا أنه كان ومازال محل نقاش كبير في الفقه الفرنسي[3]. فضلا عن تميز كل تطبيق من تطبيقاته بشروط خاصة مستقلة به. مما جعل القانون المدني الفرنسي لا ينظم العقد الأحادي الجانب بنظرية تميزه بحد ذاته كما هو الحال

---

[1]- حيث يرى المذهب الشخصي الأمر الجوهري في الالتزام، أنه رابطة شخصية فيما بين الدائن والمدين، وهي نظرية القانون الروماني، وأخذتها عنه القوانين اللاتينية التي يترأسها القانون المدني الفرنسي. راجع في تفصيل هذا المذهب، عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ج1، ص. 14-15.

[2]- راجع الصفحة 55 من هذه الدراسة.

[3] -Cf. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.362-364 ; CARBONNIER Jean, op.cit., pp.50-51.

بالنسبة لوجود نظرية عامة للعقد[1].

أما عن النظرية الألمانية، فتذهب على النقيض من الأولى إلى استطاعة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزام. فمن يتعاقد إنما يلتزم بالإرادة المنفردة الصادرة منه لا بتوافق هذه الإرادة مع إرادة المتعاقد الآخر، ويترتب على ذلك أن الإيجاب وحده ملزم، فلا يستطيع من صدر منه الإيجاب أن يعدل عنه. ولقد انتصر لهذه النظرية غير الفقهاء الألمان كثيرون، وسايرهم بعض الفقهاء الفرنسيون كسالي الذي تولى نشر النظريات الألمانية في الفقه الفرنسي[2].

ولقد دعم أنصار هذه النظرية[3] هم الآخرين آرائهم بحجة نظرية وأخرى عملية، إذ تتمثل الأولى النظرية في أن حرية الإرادة تقتضي أن تكون للشخص الحرية في أن يلزم نفسه بإرادته المنفردة، وليس في المنطق القانوني ما يمنع من ذلك أو من أن ينشا الالتزام قبل أن يتحدد الدائن مادام قابلا للتحديد. وفي الواقع يعتبر تقييد الإنسان لنفسه مظهر من مظاهر الحرية، بل أن سلطان الإرادة هنا أكبر نفوذا منه في نظرية توافق الإرادتين أو العقد، حيث أن الإرادة المنفردة قادرة وحدها على إيجاد الالتزام وهذا أقصى ما يصل إليه سلطانها. أما القول بوجوب توافق الإرادتين ففيه بقية من بقايا الأشكال الغابرة التي كانت تحد من سلطان الإرادة[4].

---

[1] –Cf. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p.364.

[2]–Cf. CARBONNIER Jean, op.cit., pp.50-51.

[3]– وعلى رأس القائلين بهذه النظرية من الفقهاء الألمان الفقيه (سيجل SIEGEL)، فقد ذهب إلى أن تقاليد القانون الجرماني تساعد على الاعتراف بتوليد الإرادة المنفردة للالتزام، راجع، عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ج1، ص. 185.

[4]– أنظر، أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية لدار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،1998، ص. 293-295؛ جلال علي العدوي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص. 290.

" وهنا تمتاز النظرية الألمانية بالدقة في التحليل والتعمق فيه إلى حد الغموض، فإن أنصار هذه النظرية يقررون أنه إذا أعلن شخص إرادته المنفردة في أن يلتزم فهو يوجد بإرادته المنفردة شيئين: (أولا) التزاما في ذمته أخذه على نفسه بألا يعدل عن إيجابه (ثانيا) حقا أوجده للطرف الآخر، هو أن ينفد له ما تعهد به" [1].

ثم إذا قيل بعد كل هذا أن "الشخص لا يستطيع أن يلزم نفسه بإرادته فيكون من باب أولى أن نقول كذلك، أن الشخص لا يستطيع أن يلتزم بإرادة غيره وعلى ذلك يكون المبدأ، بأنه إذا لم تكن إرادة الشخص المنفردة هي مصدر التزامه، لا يمكن القول بأن الارتباط بين هذه الإرادة وإرادة شخص آخر هو مصدر الالتزام"[2].

أما الحجة العملية فهي أن الالتزام بالإرادة المنفردة يسد احتياجات عملية لا يستوعبها العقد، كما هو الشأن فيما تقتضيه مصلحة الجمهور الذي يوجه إليه إيجاب بالتعاقد أو وعد بجائزة في أن يكون ملزما لمن صدر عنه. وهذا الالتزام لا يمكن أن يكون مصدره إلا إرادة المدين، لأن الدائن به يكون غير معين وإن كان قابلا للتعيين، مما يحول دون أن يكون مصدر الالتزام عقدا انعقد بينه وبين الموجب أو الواعد[3].

فالقول بضرورة توافق إرادتين لوجود التزام، يسد الباب دون هذا النوع من التعاملات التي يجب أن يتسع لها القانون. فهل يمكن بغير الإرادة المنفردة أن نفسر كيف التزم ذلك الشخص الذي قدم عرض للجمهور (أي لغير شخص معين) ؟ كما لا يمكن الالتزام نحو شخص موجود ولكن حال بينه وبين القبول حائلا بأن مات قبل صدور القبول منه أو فقد أهليته. ففي كل هذه الفروض، وهي فروضا

---

[1]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ج1، ص. 187.

[2]– أنظر، خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، طبعة 1994، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ص. 186.

[3]– جلال العدوي، المرجع السابق، ص. 290، 291.

كثيرا ما تقع من الناحية العملية، لا يمكن القول بوجود الالتزام في ذمة المدين إذا حتمنا توافق الإرادتين، فالقول بجواز إنشاء الإرادة المنفردة للالتزام يرفع هذا الحرج[1].

وبالإضافة إلى ما سبق، يلاحظ على القول بأن العقد يُبنى بتوافق الإرادتين أنه ليس أقل بعدا في الحقيقة من القول بوجوب الأخذ بالإرادة الباطنة. فكما أن الإرادة الباطنة يصعب التعرف عليها وهي كامنة في الضمير. كذلك يصعب توافق إرادتين توافقا تاما يترتب عليه أن يوجد العقد، فإنه لا يمكن التثبت من توافق الإرادتين إلا إذا تعاصرتا في لحظة واحة، وهذا مستحيل في التعاقد بالمراسلة، بل هو أيضا مستحيل حتى إذا وجد المتعاقدين في مجلس واحد، ذلك أن أحد المتعاقدين لابد أن يسبق الآخر في إظهار إرادته وهذا هو الإيجاب، ثم يتلوه الآخر فيظهر القبول[2].

هذا وكما تعتبر النظرية الفرنسية نتيجة حتمية للأخذ بالنظرية الشخصية في الالتزام، تعتبر النظرية الألمانية نتيجة منطقية للأخذ بالنظرية المادية، حيث يقف الألمان عند الإرادة الظاهرة في العقد[3]، ويرون في الالتزام قيمته المالية، وهاهم يرتبون إحدى النتائج المادية للالتزام، فيقولون بالتزام المدين بإرادته المنفردة ولو لم يوجد دائن يقبل هذا الالتزام، لأن الالتزام يترتب على المال أكثر مما يكون صلة بين شخص وآخر[4].

1- جلال العدوي، المرجع السابق، ص. 290، 291.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ج1، ص. 187.

3- راجع الصفحات 45 من الدراسة

4- أبى الفقهاء الألمان- وعلى رأسهم الفقيه جييرك GIERKE - أن تستقر النظرية الشخصية في فقههم وعملوا على تحرير قانونهم من النظريات الرومانية وتغليب النظريات الجرمانية الأصل. وقد بين جيرك أن الفكرة الجرمانية في الالتزام لا تقف عند الرابطة الشخصية، بل ننظر إلى محل الالتزام وهو العنصر الأساسي، ليصبح الالتزام بذلك عنصرا ماليا أكثر من كونه علاقة شخصية، فينفصل بذلك عن شخص الدائن وعن شخص المدين، ويختلط بمحله فيصبح شيئا ماديا العبرة فيه بقيمته المالية وفق ما يعرف بالمذهب المادي في الالتزام. راجع في تفصيل هذا المذهب، عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ج1، ص. 16-20.

ب- تقدير حجج النظريتين:

مما لا شك فيه بداية، هو أن نظرية الإرادة المنفردة نظرية بعيدة المدى لا تقتصر على اعتبار الإرادة المنفردة قادرة على إنشاء الالتزام فحسب، بل تذهب إلى أبعد من ذلك، ذلك أن كل الالتزامات التي تنشا من العقد، إنما تنشأ في الواقع من الإرادة المنفردة. وعلى ذلك فإن القول بصحة هذه النظرية على إطلاقها، يؤدي بالقضاء مبدئيا على العقد كمصدر من مصادر الالتزام، لتحل محله الإرادة المنفردة مصدرا لكل التزام إرادي[1].

وتأسيسا على ما سبق لا بد من تقدير موضوعي لمدى الأخذ بالنظريتين. وإلى أي حد ينبغي الانتهاء إليه عند الأخذ من كل منهما، ليستخلص من هذا التقدير مبلغ ما في قدرة الارادة المنفردة لإنشاء الالتزامات من صحة.

فبالرجوع إلى ملاحظات خصوم نظرية الإرادة المنفردة، نجد أن أول اعتراض يقدم لمواجهة هذه النظرية، يتلخص في أن الدين لا يمكن من أن يوجد دون دائن. وهذا الاعتراض يهدم في النظرية المادية للالتزام كما سبق الاشارة اليه أعلاه، ذلك أن النظرية الألمانية التي تنظر لهذا الأخير باعتباره قيمة مالية أكثر من كونه رابطة شخصية، تمكن من تصور دين من دون داين مادام المدين موجودا وقت نشوء الدين، ومادام الدائن يوجد وقت تنفيذ الدين ولو لم يوجد من قبل ذلك[2].

أما القول بأنه إذا صح أن الإرادة المنفردة تستطيع أن تنشأ التزاما فهي تستطيع أيضا أن تقضيه فهو اعتراض صحيح، إلا أن الإشكال هنا هو الخلط بين أثر الإرادة

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ج1، ص. 190.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع، ونفس الصفحة.

في العالم النفسي وأثرها في الروابط الاجتماعية. فالإرادة إذا أعلنت وعلم بها الغير فاطمأن إليها تكون بذلك قد خرجت من نطاقها النفسي الداخلي إلى مظهرها الاجتماعي الخارجي، وبذلك تولد ثقة مشروعة يستطيع الناس الاعتماد عليها، فوجب احترام هذه الحالة التي أوجدتها، فلا يجوز عندئذ العدول عنها إذ يترتب عليه الإخلال بهذه الثقة. وعلى ذلك، إذا عقدت الإرادة المنفردة التزاما وحدها قد لا تستطيع وحدها أن تحله، وهنا يظهر استقامة منطق الفقهاء الألمان أيضا، حيث يقولون بالإرادة الظاهرة ويقفون عندها كما تقدم. فمن المنطق إذن أن يقولوا بعدم جواز العدول عن الإرادة الظاهرة للعلة نفسها، ألا وهي استقرار المعاملات بين الناس[1].

" لذلك لا يُرى مما تقدم من الاعتراضات على النظرية الألمانية ما يصلح لهدمها، فمادام الفقهاء الألمان يمشون في منطقهم إلى غايته، فينظرون إلى الالتزام نظرة مادية، ويأخذون بالإرادة الظاهرة حتى تستقر المعاملات وحتى لا يقع إخلال بالثقة المشروعة، حُقَ لهم أن يقولوا أن الإرادة المنفردة هي التي تولد الالتزام، ولا يخشون في ذلك أن يعترض عليهم باستحالة وجود دين دون دائن، مادام الدين شيئا ماديا، أو بأن الالتزام المبني على الإرادة المنفردة معلق على إرادة المدين، مادام المدين لا يستطيع الرجوع في إرادته بعد أن أظهرها وولدت عند الناس ثقة مشروعة"[2].

" أما ما تؤدي إليه النظرية الألمانية من القضاء على العقد كمصدر من مصادر الالتزام وإحلال الإرادة المنفردة محله، فهذا ما لا يمكن التسليم به بأي حال من الأحوال، فالواجب إذن أن يبقي كل من العقد والإرادة المنفردة مصدرا للالتزام، العقد باعتباره المصدر الأول، والإرادة المنفردة باعتبارها مصدرا ثانويا يقتصر على

---

[1]- محمد تقية، المرجع السابق، ص. 63.

[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ج1، ص. 191.

الحالات التي يكون فيه ثمة فائدة من جعل الالتزام ينشأ عن طريقها "[1].

وعلى هذا الاتجاه الأخير سارت التشريعات الحديثة[2] حيث لم تأخذ بإحدى النظريتين دون الأخرى بل جمعت بينهما، فاعتبرت العقد هو الأصل في إنشاء الالتزام ثم بينت بعد ذلك إلى أي حد يمكن الأخذ بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام، ولكن ليس مصدرا أصليا وإنما مصدرا ثانويا، وخير مثال على ذلك القانون الألماني نفسه، فهو لم يجعل الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام بل أخذ بها استثناء في حالات على سبيل الحصر، وبمقتضى نصوص قانونية خاصة،حيث نصت المادة 350 من القانون المدني الألماني على أنه " لإنشاء الالتزام لابد من عقد بين ذوي الشأن، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك". ولقد فسرت هذه المادة على أنها تضمنت مبدأ عام، كما تضمنت القيد عليه. فالمبدأ العام هو أن العقد يعتبر المصدر العام للالتزام الإرادي، أما القيد فينحصر في النصوص القانونية التي اعتبرت الإرادة المنفردة مصدر للالتزام الإرادي وهي المادة 80 ق م أ الخاصة بالمؤسسات، والمادة 657 ق م أ الخاصة بالوعد بجائزة، والمادة 793 ق م أ الخاصة بالسند لحامله[3].

وعن هذا الموقف يقول المعلقون على الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون الألماني ما يأتي: " إن الغرض من تقرير هذا المبدأ هو إخراج الإرادة المنفردة من أن تكون مصدرا عاما لإنشاء الالتزامات، في الحد الذي ينشأ فيه الالتزام من عمل قانوني. صحيح أنه طلب، حتى من اللجنة الثانية (لتحضير مشروع القانون الألماني)، حذف هذا النص لترك المسألة لتقدير الفقهاء. وقد كان هذا قد سمح للقضاء مع تمسكه بالقاعدة التقليدية، أن يتوسع في الاستثناءات التي يدخلها على القاعدة، ولكن الأغلبية

---

[1]- محمد بن أحمد تقية، المرجع السابق، ص. 64.

[2]- ومنها مثلا: القانون المدني الألماني (م 350)، التشريع الإيطالي الجديد (المواد،1983، 1987، 1989 ق م)، التشريع العراقي (المواد،184،185 ق م).

[3]- محمد تقية، نفس المرجع، ص. 64-65.

لم تكن من هذا الرأي، ومع ذلك فقد أريدت الإشارة إلى الأحوال الاستثنائية التي يعتد بها القانون، حتى يكون من المقرر أن الحالات التي يسلم فيها القانون بأن الالتزام ينشأ من مجرد إرادة منفردة يكون من المستطاع تصورها على اعتبار أنها استثناء من القاعدة الواردة في المادة 305، وتطبيق لنظرية الإرادة المنفردة "[1].

أما ما تجدر الإشارة إليه ختاما، فهو ملاحظة مهمة تتعلق بالقانون الفرنسي السابق التعرض له، ذلك أن موقفه من الإرادة المنفردة حتى وإن كان على الشاكلة المتقدمة إلا أن القضاء المدني الفرنسي لم يتجاهل هذه المفاهيم بالجملة، حيث جرى القضاء الفرنسي[2] على القول بإلزامية الإيجاب متى قيده صاحبه بالبقاء عليه مدة محدد، إذ يلتزم بالبقاء على إيجابه طيلة الوقت المحدد بدون أن يكون في حاجة إلى تعبير إرادي من الطرف الموجه إليه، وفي ذلك إقرار غير مباشر بقدرة الارادة المنفردة على انشاء الالتزام ولو استثناء، خاصة أن بعض الفقه الفرنسي مال إلى اعتبار الإيجاب الملزم تصرف بالإرادة المنفردة حين بحثه في أساس الإيجاب الملزم في هذا المجال[3].

وما يمكن أن يقال في الأخير، أن النقاش الفعلي في هذا المجال، ما كان ينبغي أن يكون حول التسليم بقدرة من عدم قدرة إنشاء الإرادة المنفردة للالتزام ، إنما كان يجب أن يدور حول المجال الذي يجب أن تتحرك فيه هذه القدرة [4].

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، المرجع السابق، ج1، حاشية الصفحة 1451.

[2]-Cass. Civ., 1 re, 25 juin 2014, n° 13-16529 ; Cass. Civ., 1 re, 19 janvier 1977, n° 75-14096 ; Cass. Civ., 3ème, 8 février 1968, n° 65-10600, www.legifrance.gouv.fr.

[3]-Cf. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.92-94, 371-372 ; MAZEAUD H. L. J et CHABAS F, op.cit.,. pp.126-127.

[4]-Cf. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc , op.cit., p 371.

II– التصرف بالإرادة المنفردة في الفقه المالكي:

بالرجوع إلى تطبيقات الإرادة المنفردة في الفقه المالكي[1] بل في الفقه الاسلامي عامة، نجد أن الشريعة الاسلامية كانت سباقة في اعتبار الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام، ذلك أن فقهائها أقروا بقدرة الإرادة المنفردة على إنشاء التصرفات القانونية. بل أن بعضهم ذهب إلى أبعد من ذلك، حيث اعتبر هذه الأخيرة مصدرا عاما للالتزام شأنها في ذلك شأن العقد. والمذهب المالكي ذهب إلى أبعد الحدود في هذا الشأن، بأن جعل من الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام الإرادي.

ويرجع الالتزام بالإرادة المنفردة إلى المذهب المادي المميز لأحكام الالتزام في عموم الشريعة الإسلامية[2] – وهو نفسه المذهب المادي الذي تبناه القانون الألماني وجعله المميز لأحكام قانونه المدني[3] –، وكان من آثاره اضافة للاعتداد بصلاحية الإرادة المنفردة لإنشاء الالتزامات ما يعرف بحوالة الدين[4]. بينما لم تأخذ بها الشرائع

---

[1]– أنظر في هذا الموضوع، محمد شتا أبو سعد، معالم الالتزام الإرادي في الفقه المالكي، دراسة في أصول الالتزام عند الحطاب، بحوث في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص. 147-177.

[2]– مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص. 66.

[3]– راجع هامش الصفحة 65 من هذه الدراسة

[4]– تعرف حوالة الحق في الفقه المالكي بـ " تحويل الذمم وتفسير معناها أن يكون رجل له على آخر دين ولذلك الرجل دين على رجل آخر فيحيل الطالب له على الذي له عليه مثل دينه فإذا استحال عليه ورضي ذمته الى ذمة الاخر بريء المحيل من الدين ولم يكن عليه منه تبعة وصار الحق على المحال عليه ولا رجوع له على المحيل أبدا أفلس المحال عليه أو مات معدما إلا أن يكون قد غره من رجل معدم أو مفلس لا يعلم رب الحق بعدمه فإن كان ذلك فحينئذ يكون له الرجوع على من كان عليه الحق اولا وا ٍن علم بعدمه ورضي الحوالة عليه فلا رجوع له على الاول بوجه من الوجوه .." أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، الجزء الثاني، تحقيق محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، 1980، ص. 797؛ وراجع في كتاب الحوالة، المواق المالكي، المرجع السابق، ج7، ص. 21 وما يليها؛ الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج3، ص.325؛ محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل للخرشي، ج6، دار الفكر للطباعة، بيروت، د ط، د س ط، ص. 16 وما يليها.

المتأثرة بالقانون الروماني ومنها القانون المدني الفرنسي، حيث يعتبر الدين فيها ملتصقا بشخص المدين لا ينفك عنه بل يجوز أن يسترق فيه ويقتل، في حين أن الشريعة الإسلامية تعتبر الدين جزءا من ذمة المدين المالية، وهي الفكرة التي انتهى إليها أيضا الفقه الجرماني[1].

ولقد ذكر الأستاذ عبد الرزاق السنهوري في كتابه مصادر الحق في الفقه الإسلامي أن للإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي ميدان فسيح نراها فيه تنتج آثارا قانونية متنوعة، " فهناك أولا تصرفات هي عقود في الفقه الغربي وتتم في الفقه الإسلامي بإرادة منفردة. وهناك ثانيا تصرفات تتم بإرادة منفردة في كل من الفقه الإسلامي والفقه الغربي[2]. وهناك أخيرا آثارا قانونية كثيرة غير إنشاء الالتزام تحدثها

---

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ج1، المجلد الأول، ص. 121.

[2]- ذلك أن المتأمل في الفقه الإسلامي كما يقول الدكتور السنهوري، يستطيع أن يميز بين طوائف ثلاثة من العقود والتصرفات: **الطائفة الأولى:** وهي ما تعتبر معاوضات ابتداء وانتهاء، ويدخل فيها البيع والإيجار، حيث أن الركن فيهما هو الإيجاب والقبول ومن ثم لا يتم العقد إلا بإرادة كل منه المتعاقدين وهذا أمر لا خلاف فيه. **الطائفة الثانية:** وتعتبر تبرعات ابتداء ومعاوضات انتهاء، ويدخل فيها الكفالة والقرض، وهما أمران يبدأ فيهما الشك مع أن التصرف بالنسبة لكليهما تبرع في بدايته، فغلب القول بأن هذا القبول لازم لأن التصرف معاوضة في نهايته ومن ثم كان الراجح أن الركن هو الإيجاب والقبول. **الطائفة الثالثة:** وهي تبرعات ابتداء وانتهاء، ويدخل فيها الهبة والعارية، وفيهما يتغلغل الشك أكثر من الطائفة الثانية، إلا أن الراجح أن ركنها هو الإيجاب فقط. فالهبة ركنها الإيجاب من الواهب، أما القبول فليس بركن استحسانا، ووجه الاستحسان، أن الهبة في اللغة عبارة عن مجرد إيجاب المالك من غير شرط القبول وا نما القبول والقبض لثبوت حكمها لا لوجودها في نفسها، ثم لأن المقصود من الهبة غالبا ما يكون اكتساب المدح والثناء بإظهار الجود والسخاء، فإن هذا يحصل بدون القبول، أما العارية فنفس ما قيل في الهبة يقال في شأنها. " ويستخلص من هذا التحليل أن التصرف في الفقه الإسلامي يتم بإيجاب وقبول إذا كان من شأنه أن يرتب التزاما في جانب كل من الطرفين ولو انتهاء، أما التصرف الذي يرتب التزاما في جانب أحد الطرفين دون الأخر فيتم بإيجاب الطرف الملتزم وحده، فكأن الالتزام يكفي في إنشائه إرادة الملتزم وحدها، وكأن العقد نفسه وهو إيجاب وقبول، يقوم التزام كل طرف فيه على إرادته دون اعتبار لإرادة الطرف الآخر، فإذا صح هذا النظر، أمكن القول في الفقه الإسلامي إن الأصل في التصرفات هي الإرادة المنفردة لا العقد"، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 41، 42.

الإرادة المنفردة شأنها في ذلك شأن الفقه الغربي[1]. فالإرادة المنفردة من حيث إنشاء الالتزام ومن حيث إنتاج الآثار القانونية المختلفة لا تقل في الفقه الإسلامي عنه في الفقه الغربي، بل هي في الفقه الإسلامي تزيد، حيث يوجد تصرفات تتم في الفقه الإسلامي بالإرادة المنفردة ، لا تتم في القوانين الغربية إلا بتوافق الإرادتين"[2].

هذا وبالوقوف عند مجمل تطبيقات التصرف بالإرادة المنفردة في الفقه المالكي والفقه الاسلامي عامة، نجد هذه التطبيقات ترد إلى طائفتين وفقا لتوفر عنصر الإلزام فيها. ذلك أن الفقه الإسلامي حتى وإن اتفق في أغلبه على اعتبار هذه الحالات مصدرا منشأ للالتزام على أساس الإرادة المنفردة. إلا أنه اختلف في كون هذا النوع من الالتزام، التزام قضائي أم التزام ديني. حيث تجمع الطائفة الأولى تطبيقات للالتزام بالإرادة المنفردة يعتبر الالتزام فيها قضائي بالإضافة إلى كونه ديني، أما الطائفة الثانية فحتى وإن غلب على الإلزام فيها الصبغة الدينية، إلا أن بعض الفقه أمكن توفر الصفة القضائية فيها.

وتجتمع في الطائفة الأولى كل من الجعالة[3] والإيجاب الملزم[4]، والوقف[5]. أما الطائفة الثانية فيجتمع فيها كل من الوعد من جاب واحد[1] والنذر[2].

---

[1]–فتارة تكون الإرادة المنفردة سببا لكسب الملكية كما هو الحال في الوصية، وتارة تكون إسقاطا كالإبراء والوقف، والى جانب ذلك يوجد إجازة العقد، وا ٍقراره من الغير، واستعمال خيار من الخيارات المعروفة، وعزل الوكيل، وا ٍجازة الوصية، الخ..، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 41.

[2]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع، ص. 42.

[3]– تقابل الجعالة ما يعرف قانونا بالوعد بجائزة، راجع الصفحة 92 إلى 94 من هذه الدراسة.

[4]– أما الايجاب الملزم فسنتعرض له هو الآخر حين التعرض لأحكام الايجاب، وكيف أنه يكون ملزما متى حدد له صاحبه مدة يستطيع الطرف الثاني قبوله فيها، وذلك من خلال الصفحة 88 من هذه الدراسة.

[5]– الوقف في اللغة هو الحبس، وفي الشرع هو حبس العين وجعلها على حكم ملك الله تعالى والتصرف بريعها على جهة من جهات الخير. وهو ينشأ بإرادة منفردة، كما يكون الرجوع فيه بإرادة منفردة، ويمكن التغيير في مصارفه من إخراج وا ٍدخال وحرمان وزيادة ونقص وتفضيل وتخصيص بإرادة منفردة. كما لأنه شرعة إسلامية فلم

وكخلاصة مقارنة بين موقف الفقه الغربي – الفرنسي منه خاصة – من قدرة الارادة المنفردة من انشاء الالتزام والفقه المالكي في هذا المجال، لا يمكن القول الا أن الفقه المالكي يختلف كل الاختلاف مع الموقف الفرنسي ويتفق مبدئيا مع القانون الألماني. حيث تبين أن القانون الفرنسي ومن وراءه فقهه يعتبر العقد هو المصدر الوحيد للتصرفات الارادية مما يستلزم وجود إرادتين لإنشائه، وما موقفه هذا إلا نتيجة حتمية للقول بأن الالتزام هو رابطة بين شخصين وفق ما يعرف بالنظرية الشخصية في الالتزام.

أما الفقه المالكي فأقر منذ القدم بقدرة الارادة المنفردة على إنشاء الالتزام. بل أن التطبيقات المختلفة لهذه التصرفات في المذهب جعلت هذا الأخير يعتبر الارادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام الإرادي. وهو ما سار عليه القانون الألماني الذي يعتبر الالتزام قيمة مالية وفق مذهب مادي ينتج آليا التسليم بإمكانية انشاء الارادة المنفردة

يكن له وجود قبل الإسلام بالتفصيل الذي أوجده له الاسلام. أنظر، محمد تقية، المرجع السابق، ص. 218، 219؛ وللرجوع إلى الوقف وأحكامه تفصيلا من الفقه المالكي أنظر مثلا: أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي، التلقين في الفقه المالكي، تحقيق ابي أويس محمد بو خبزة الحسني التطواني، ج2، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 2004، ص. 216 وما يليها؛ شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة،ج6، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1994، ص. 103 وما يليها؛ شهاب الدين المالكي، المرجع السابق، ص. 107 وما يليها أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، ج1، د د ط، د ب ط، د س ط، ص. 243 وما يليها؛ المواق المالكي، ج7، المرجع السابق، ص. 626؛ الحطاب المالكي، ج6، المرجع السابق، ص. 18 وما يليها.

[1]– وهو ما سنتعرض له حين الحديث عن الوعد بالتعاقد كحالة ثانية خاصة من حالات الإيجاب بعد الحالة الأولى الممثلة في الوعد بجائزة، راجع الصفحة 95 إلى 100 من هذه الدراسة.

[2]– يعرف النذر على أنه التزام قربة غير لازمة في أصل الشرع بلفظ يشعر بذلك مثل أن يقول المرء، لله علي أن أتصدق بملغ كدا، أو إن شفي الله مريضي فعلي صيام ثلاثة أيام أو نحو ذلك، أنظر، سيد سابق، فقه السنة، الجزء الثالث، دار الفكر، الطبعة الثالثة، 1981، ص. 120؛ أما بخصوص إلزامية الصحيح منه، فيرى جمهور الفقهاء ومنهم المالكية بأن الناذر ملزم بما نذر على خلاف حول اعتبار هذا الالزام مجرد الزام ديني يوكل فيه الى ضميره أو قضائيا على أساس الالتزام بالإرادة المنفردة، أنظر، ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، دار الحديث القاهرة، د ط، 2004، ص. 184 وما يليها؛ مالك بن انس الأصبحي، المرجع السابق، ج1، ص. 555 وما يليها؛ شهاب الدين احمد بن إدريس القرافي، ج4، ص. 72 وما يليها.

للالتزامات. إلا أن موقف هذا الأخير وإن كان على الشكل المذكور سابقا لكنه يختلف عن الفقه المالكي في نطاق تلك القدرة حينما يجعل قدرة إنشاء الإرادة للالتزامات محددة في حالات استثنائية. بينما يجعل الفقه المالكي للإرادة المنفردة ميدانا فسيحا تستقل فيه عن العقد بأحكامها المخصص لها في المجال[1].

هذا وبالإضافة إلى ما سبق، تجدر الإشارة إلى اختلاف آخر بين القانون الألماني والفقه المالكي بل والشريعة الاسلامية عامة فيما يتعلق بالمذهب المأخوذ به في تعريف الالتزام. إذ أنهما وإن اتفقا على اعتبار الالتزام قيمة مالية تنتج بعض النتائج لا يمكن تصور وجودها في القوانين التي تعتبر الالتزام رابطة شخصية. إلا أن الفقه المالكي والشريعة الإسلامية عامة اعتدلت في موقفها بين المذهبين المادي والشخصي.

فالالتزام وإن كان في نظر الشريعة الاسلامية في ذاته مصبوغا بصبغة مادية بحتة، إما بمال المكلف كما في المدين، وإما بعمله كما في الأجير، إلا أن هذا الالتزام ترافقه سلطة شخصية تأييدا لتنفيذه، إذ لولاها لتعذر التنفيذ بمجرد إخفاء المكلف لماله أو امتناعه عن عمله. ولذلك شرع الإسلام الحبس والتضييق على المدين والأجير. لكن هذه السلطة لم يمنحها الشرع للدائن كما هو الحال في القانون الروماني، بل يمنحها للحاكم ويجعلها من صلاحيته موقوفة على طلب الدائن. ثم أن الإجبار بالحبس والإكراه إنما يكون فيمن ظاهر حاله القدرة على الوفاء بالتزامه، أما المعسر العاجز فلا يجوز الضغط عليه، بل يجب إنظاره إلى قدرته[2]، مصداقا لقوله عز وجل: ﴿ وَإِنْ

---

[1]- وهو ما فعلته بعض التشريعات العربية الحديثة التي جعلت الارادة المنفردةمصدرا عاما للالتزام الانفرادي شأنها شأن العقد، ويتقدم هذه التشريعات القانون المدني الأردني الذي خصها بمصدر مستقل كما يتضح من المادتين 250 و 251، وهو نفس ما فعله المشرع الجزائري حين تعديله للقانون المدني بالقانون رقم 05-10، وا ضافته لفصل يأتي بعد الفصل المنظم للعقد تحت مسمى" الفصل الثاني مكرر الالتزام بالإرادة المنفردة " وخصه بالمادتين 123 مكرر و123 مكرر 1.

[2]- مصطفى الزرقاء، المرجع السابق، ص. 66.

كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾[1].

وبهذه السلطة التي أعطاها الشارع للحاكم، وضعت الأمور في نصابها فلم تسمح الشريعة الإسلامية للمدين أن يتعنت، و لم تسمح للدائن أن يبالغ في طغيانه لمدينه، إلا أن هذا التدبير الذي اقتضته الضرورة، لا يجرد الالتزام في الشريعة الإسلامية من طابعه المادي أو ما يصطلح عليه بالنزعة الموضوعية[2]، وإنما هو مجرد ضمان في يد الدائن ضد المدين الميسور المماطل[3].

على أن الشرع الإسلامي قد سبق بنزعته الموضوعية (الصبغة المادية)، القائلين بالنظرية المادية بقرون كثيرة في تقرير النتائج المعقولة لمذهبهم الحديث[4]. ويبرز ذلك مثلا في تاريخ الاقرار بقدرة الإرادة المنفردة على انشاء الالتزام في الشريعة الاسلامية وتاريخ أخد التشريعات الحديثة بهذا الموقف.

ثانيا: النيابة في التعاقد:

تعرف النيابة في التعاقد على أنها "حلول ارادة النائب محل إرادة الأصيل، مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة الى شخص الأصيل، كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو"[5]. ليتضح الفرق بذلك بين النائب والرسول، كون دور هذا الأخير

---

[1]- سورة البقرة، الآية 280.

[2]- التعبير الأدقللنظرية المادية والنظرية الشخصية، هو النظرية الموضوعية والنظرية الذاتية، ذلك أن كلمة مادية إلى جانب عدم دقة ترجمتها، يقابلها إما لفظ معنوي أو روحي.

[3]- محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص. 5.

[4]- مصطفى الزرقاء، المرجع السبق، ص. 68.

[5]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج1، المرجع السابق، ص. 206، 207؛ وفي نفس المعنى راجع: FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.311-312.

يقتصر في الوساطة بين الأصيل والغير بغية نقل إرادة كل منهما إلى الآخر[1].

ورغم أن القانون المدني الفرنسي لم يضع أحكاما منظمة للنيابة في التعاقد كنظرية عامة مستقلة، إلا أنه تعرض لهذه الاخيرة في نصوص متفرقة مثل المادتين 1119 و 1165[2]. فضلا عن تنظيمه لأهم مظاهرها حين ترتيبه لعقد الوكالة في باب خاص لها من المادة 1984 إلى 2010.

وللنيابة في التعاقد أهمية كبيرة تفرضها الحياة العملية، فعن طريقها يحمي القانون الأشخاص غير القادرين على حماية مصالحهم المالية كما لو كان الأصيل غير متوافر على الأهلية اللازمة بأن يكون قاصرا أو محجورا عليه ينوب عنه الولي أو الوصي أو القيم وفق ما يندرج تحت النيابة الضرورة. كما قد يختار الأصيل آخر ينوب عنه في تصرف لا يحسنه مثل يفعل هذا النائب وفق ما يدخل في نطاق النيابة النفعية. إلا أن للنيابة أقسام أخرى تعرف بها انطلاقا من اختلافها بحسب مصدرها إلى ثلاثة أقسام فتكون إما نيابة قانونية إذا كان القانون هو من عين النائب كما هو الحال في الولي أو الفضولي. وقد تكون قضائية إذا كان القضاء هو من عين النائب كما في الوصي والحارس القضائي. وقد تكون اتفاقية نتيجة لاتفاق بين الأصيل والنائب كما يحدث في عقد الوكالة[3].

---

[1]- Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p.64.

[2]- نصت المادة 1119 ق م ف على مبدأ عام مفاده عدم جواز التزام شخص أوشلتر اطه باسمه إلا لنفسه،

"On ne peut, en général, s'engager, ni stipuler en son propre nom, que pour soi-même".

لتنص المادة 1165 في شقها الأول على أ ذ الاتفاقات لا ترتب أثارا إلا بين المتعاقدين،

" Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes .. ".

ليفهم منه ضمنا وجود استثناء على هذا المبدأ يتمثل في جواز التعاقد عن طريق النيابة كما هو الحال في النيابة الاتفاقية المسماة بالوكالة، راجع،

PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p.60.

[3]-Cf. MAZEAUD H. L. J et CHABAS F, op.cit., p.143 ; LARROUMET Christian, op.cit., pp.153-155 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p.312.

هذا ورغم أن الوكالة بهذا المعنى ما هي إلا نوع من أنواع النيابة تعرف بالاتفاقية، إلا أنها أوسع من الوكالة. ذلك أن النيابة سلطة قانونية في تمثيل شخص معين. أما الوكالة فهي عقد ينشئ هذه السلطة. فقد ينتهي العقد وهو المصدر قبل انتهاء النيابة وهي السلطة. ومثال ذلك انتهاء عقد الوكالة بموت الموكل وبقاء التزام الوكيل بجعل الأعمال التي بدأ فيها في حالة تقيها من الأخطار (م 1991 ق م ف).

وبالرجوع إلى ما يقابل ما سبق في الفقه المالكي، نجد هذا الأخير هو الآخر يميز بداية بين النائب والرسول شأنه في ذلك شأن عموم الفقه الاسلامي[1]. حيث يقتصر الرسول على تبليغ إرادة المرسل، أما النائب فيعبر عن إرادته هو لا إرادة الأصيل باعتباره أصل في العقد وآمين عليه. وفي هذا المعنى جاء في الفقه المالكي: " إذا وكلته في دفع نخل مساقاة فقال دفعتها لزيد وصدقه وكذبته أنت صدق لأنه أمين كالوكيل على البيع بخلاف الرسول لدفع المال يكذبه المبعوث إليه يغرم .. "[2].

وكما هو الحال في القانون الفرنسي أعلاه، تنقسم النيابة في الفقه المالكي إلى أقسام ثلاثة بالنظر إلى المصدر الذي يضفي على النائب صفة النائب. فتكون النيابة قانونية إذا كان مصدرها الشرع مثل الولاية الشرعية للولي على القاصر[3]. وتكون

---

[1]– ومما جاء في هذا التمييز: " فالوكيل: هو الذي يتصرف برأيه وعبارته وتقديره، فيساوم ويعقد العقود حسبما يرى من المصلحة، ويتحمل تبعات تصرفاته، ويستغني غالبا عن إضافة العقد إلى موكله، فيقول: بعت أو اشتريت كذا، لا: باع أو اشترى فلان، فإذا أسند العقد لموكله، صار مجرد سفير ومعبر عن كلام الأصيل، فيصبح عندئذ كالرسول. والرسول: هو الذي يقتصر على نقل عبارة مرسله، دون أن يتصرف برأيه وإرادته، وإنما يبلّغ عبارة المرسل، وينقل رغبته وإرادته في التصرف، فيقول للمرسل إليه: أرسلني فلان لأبلغك كذا، فيضيف عبارته دائما للمرسل، ولا يتحمل شيئا من التزامات التعاقد "، وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج4، الطبعة الثانية، ص. 161.

[2]– شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، ج6، المرجع السابق، ص. 118.

[3]– الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج 3، المرجع السابق، ص. 663 وما يليها؛ وأنظر في الولاية أو النيابة الشرعية في الفقه الاسلامي عامة، مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ج1، ص. 843 وما يليها.

قضائية إذا كان مصدرها القاضي كما في حالة الوصي أو القيم[1]. أما الاتفاقية فهي التي تكون باتفاق بين النائب والأصيل وفق ما يعرف تفصيلا في الفقه السلامي عامة[2] ومنه المالكي بالوكالة[3].

وبالرجوع إلى الفقه الفرنسي[4]، نجده تعرض إلى أحكام النيابة من خلال عناصر ثلاثة، بدأها بتحديد شروطها (أولا)، لينتقل بعدها إلى آثارها (ثانيا)، ثم يختم بالحالة التي ينوب فيها شخص واحد عن طرفي العقد وفق ما يعرف بتعاقد الشخص مع نفسه (ثالثا). وعلى هذا النهج سنحاول التعرض إلى هذه العناصر بداية بالقانون المدني الفرنسي ممثلا في فقهه وبعض مواده، لننتقل إلى نظيرتها في الفقه المالكي وبيان مدى تطابق هذه الأحكام بينهما.

I– شروط النيابة في التعاقد:

وتتمثل في كل من، حلول إرادة النائب محل ارادة الأصيل، والتزام النائب بحدود نيابته، ثم أن يتعاقد باسم الأصيل:

---

[1]– الصادق عبد الرحمان الغرياني، نفس المرجع، ص. 664، 668، 672.

[2]– وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج4، الطبعة الثانية، ص. 150 وما يليها.

[3]– الصادق عبد الرحمان الغرياني، نفس المرجع، الجزء 4، ص. 119 وما يليها.

[4]– لمسائل النيابة في التعاقد (la représentation) في الفقه الفرنسي راجع:
PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp 60-84 ; MAZEAUD H. L. J et CHABAS F, op.cit., pp.143-147 ; LARROUMET Christian, op.cit., pp.144-160 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.311-314.

أ- حلول إرادة النائب محل ارادة الأصيل[1]:

حيث يعبر النائب عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل، إذ لا يقتصر على نقل إرادة كل منهما إلى الآخر كما هو حال الرسول، بل أن العبرة في عيوب الرضاء تكون بإرادة النائب لا ارادة الأصيل رغم ان آثار العقد ستنصرف الى هذا الأخير. وما يقال عن عيوب الإرادة يقال عن حسن النية وسوؤها الذي نبحثه في النائب لا الأصيل. إلا أن الأهلية في النيابة الاتفاقية يجب أن تتوفر في الأصيل وقد اختار توكيل من ينوب عنه بإرادته، كون عدم توافرها فيه يمنعه من التعاقد بنفسه مما يؤدي إلى عدم قدرته على التعاقد بوكيل من باب أولى.

ب- التزام النائب بحدود نيابته[2]:

فإذا كانت العبرة في الارادة بإرادة النائب لا ارادة الأصيل. فهذا لا يعني تصرف النائب وفق إرادته في العقد، بل يجب أن تستعمل هذه الإرادة في حدود النيابة تبعا لما إذا كانت هذه النيابة قانونية أو قضائية او اتفاقية كما اتضح أعلاه في أنواع النيابة.

وإذا تجاوز النائب حدود نيابته فقد صفة النائب وانصرف أثر العمل الذي قام به خارج حدود ولايته إليه لا إلى الأصيل، حيث يعتبر هذا الأخير آمينا عن التصرف في هذه الحالة، ما لم يكن العمل الذي قام به النائب خارج حدود نيابته فضالة تصب في مصلحة الأصيل، أو أن الأصيل أقره رغم خروج النائب عن حدود نيابته فيه.

---

[1]- Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp 64-66 ; MAZEAUD H. L. J et CHABAS F, op.cit., p.146.

[2]- Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.67-70 ; MAZEAUD H. L. J et CHABAS F, op.cit., pp.143-145 ; LARROUMET Christian, op.cit., pp.155-157.

ج- أن يتعاقد النائب باسم الأصيل[1]:

ويتحقق ذلك لما يقصد النائب والغير التعاقد لحساب الأصيل. فلو تعاقد النائب باسمه الخاص لما كانت هناك نيابة من الأساس.

II- آثار النيابة في التعاقد :

تتحقق هذه الاثار بالنظر إلى العلاقة التي تربط النائب بالغير (أ)، ثم التي تربط النائب بالأصيل (ب)، ثم الأصيل مع الغير (ج).

أ- العلاقة التي تربط النائب بالغير[2]:

تقدم أن آثر العقد ينصرف الى الاصيل. ومن ثمة لا يمكن للنائب مطالبة الغير بحق من الحقوق إلا إذا بين له هذا بموجب النيابة، ولا يستطيع الغير مطالبة النائب بتنفيذ التزام ناتج عن العقد لكون آثاره انصرفت الى الأصيل. إذ تتوفر بذلك علاقة مباشرة بين النائب والغير إلا في حالات استثنائية مثالها خطأ النائب في تنفيذ نيابته، أو أن يكون هذا النائب كفيلا للأصيل فتكون علاقة الغير بالنائب بموجب عقد الكفالة.

[1] – Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.66-67 ; MAZEAUD H. L. J et CHABAS F, op.cit., p.146.

[2] – Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.73-74 ; LARROUMET Christian, op.cit., p.150.

ب- العلاقة بين النائب والأصيل[1]:

هي علاقة محدودة بالمصدر الذي أنشأها، فإذا كانت نيابة اتفاقية مثلا (عقد وكالة) حدد العقد الذي ينظمها ما على النائب من التزامات وما له من حقوق.

ج- العلاقة بين الأصيل والغير[2]:

وهي علاقة مباشرة تختفي معها شخصية النائب، بحيث يصير الأصيل هو المتعاقد مع الغير كونه من تنصرف اليه آثار العقد حقوقا كانت أو التزامات.

أما عن الفقه المالكي، فتمتزج فيها ضمنا آثار النيابة مع تحقق شروطها، ولهذا سنحاول البحث في أحكامها بالتوقف عند ما يقابل الشروط المذكورة في القانون الفرنسي أعلاه في ذات الوقت الذي نبحث فيه عما يقابل تلك الآثار.

فبالوقوف عند نصوص الفقه المالكي في هذا الشأن، نجدها تنطلق من أن النائب إما يضيف العقد لنفسه فيستطيع المطالبة بحقوق العقد رغم انصراف حكمها إلى الأصيل. كما يمكن أن يضيف العقد إلى موكله فينصرف العقد إلى هذا الأخير بحكمه وحقوقه. وهو الغالب في المذهب الذي لا يعقد أهمية عملية كبيرة لهذه التفرقة مادام العقد سينصرف حكمه الى الأصيل[3].

---

[1]- Cf. LARROUMET Christian, op.cit., pp.150-160 ;

وفي التزامات الوكيل والموكل راجع المواد 1991 إلى 2002 ق م ف.

[2]- Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.72-73 ; LARROUMET Christian, op.cit., p.151.

[3]- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 5، المرجع السابق، ص. 206، 207.

وفي هذا المعنى جاء من المذهب: " وطولب بثمن لسلعة اشتراها لموكله أو باعها له (ومثمن) كذلك اشتراه أو باعه لموكله (ما لم يصرح بالبراءة) من الثمن أو المثمن، فإن صرح بأن قال لا أتولى ذلك لم يطالب وإنما يطالب موكله وشبه في مفهوم لم يصرح قوله (كبعثني فلان لتبيعه) كذا أو ليشتري منك كذا فلا يطالب بالثمن ... ". وجاء في حاشية الدسوقي شرحا لهذا الكلام " (قوله اشتراها لموكله أو باعها له) والمطالب له بالثمن في الأولى البائع الأجنبي وفي الثانية موكله (قوله ومثمن) أي وطولب بمثمن اشتراه (قوله أو باعه لموكله) والمطالب به في الأولى موكله وفي الثانية الأجنبي عكس ما قبله (قوله ما لم يصرح بالبراءة) أي وما لم يكن العرف عدم طلبه بهما وإلا عمل به كما مر (قوله لا أتولى ذلك) أي نقد الثمن أو دفع المثمن بل يتولاه الموكل دوني (قوله لم يطالب) أي لا بثمن ولا بمثمن (قوله وشبه في مفهوم لم يصرح) أي وهو ما إذا صرح بالبراءة (قوله لتبيعه كذا) أي بمائة وقوله أو ليشتري منك كذا أي بمائة مثلا فرضي صاحب السلعة (قوله لا لأشتري منك إلخ) الفرق بين هذه وما قبلها أنه في هذه أسند الشراء لنفسه وما قبلها أسنده لغيره ..."[1].

هذا ورغم عدم الاهتمام الكبير للمذهب المالكي بالتفرقة السابقة من الناحية العملية، يستثني المذهب حالات يجب أن ينصرف فيها العقد بحكمه وكل حقوقه إلى الموكل (الأصيل) لا الوكيل (النائب) ، نذكرها كالتالي:

الحالة الأولى: أن يجري العرف بتعلق حقوق العقد بالموكل، فإذا كان من عادة الوكيل مطالبة المشتري بالثمن (والمطالبة هنا حق من حقوق العقد). فإن المذهب المالكي يعتد بالعرف في بيع الدار والعقار الذي يقضي بعدم استطاعة الوكيل قبض

---

[1]- الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج3، المرجع السابق، ص. 381، 382؛ وفي هذا المعنى راجع، المواق المالكي، المرجع السابق، ج7، ص.180، 181؛ الخرشي المالكي، المرجع السابق، ج6، ص. 72.

الثمن إلا بتوكيل خاص من الموكل. ذلك أن قبض الثمن فيه هذه الحالة هو للموكل دون الوكيل[1].

الحالة الثانية: وفي هذا الحالة ينطلق المذهب المالكي من امكانية مطالبة المشتري للوكيل في البيع بتسليم المبيع وضمان العيب والاستحقاق. إلا أن الوكيل رغم ذلك لا يتحمل هذه العهدة في ثلاثة فرضيات هي :

الفرضية الأولى: تصريح الوكيل للعقاد الآخر بالبراءة من العهدة مما يجعل الموكل هو من يتحملها فيرجع عليه العاقد مباشرة (وهذا يقابل العلاقة المباشرة كأثر للنيابة بين الأصيل والغير التي تعرضنا لها في القانون الفرنسي أعلاه).

الفرضية الثانية: علم العاقد الآخر بالوكالة مما يجهل العهدة على الموكل مباشرة (وهو يقابل تعاقد النائب باسم الأصيل في القانون الفرنسي أعلاه) ما لم يكن الوكيل مفوضا[2] مما يجعل العاقد الاخر مخيرا في المذهب بين مطالبة الوكيل أو الموكل رغم علمه بالوكالة .

---

[1]- ومن أمثلة نص ذلك من المذهب "والوكيل على بيع الدار والعقار إذا أراد قبض الثمن من المشتري وأراد أن يقيم البينة أنه وكيل على البيع لم يمكن من ذلك، لأن العرف والعادة أن وكيل البيع في الدار والعقار لا يقبض الثمن، فليس له ذلك إلا بتوكيل خاص على قبض الثمن إلا أن يكون أهل بلد جرت عادتهم بأن متولي البيع يتولى قبض الثمن فيجزئه إقامة البينة على الوكالة على البيع، وهذا بخلاف الوكيل على بيع السلع فإن له قبض الثمن والمطالبة به "، الحطاب المالكي، المرجع السابق، ج5، ص. 194.

[2]- الوكيل المفوض هو من فوض له الموكل أموره في كل ما يقبل النيابة عنه وأقامه مقامه فيه، فيمضي فيه كل ما كان على وجه السداد والنظر، وأما ما لا مصلحة في فعله فهو خارج هذا التفويض كما لو كان تبرعا بمال الموكل، ما لم يقل الموكل للوكيل أمضيت ما كان غير نظر، راجع، الخرشي المالكي، المرجع السابق، الجزء 6، ص. 70، 71؛ الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج3، المرجع السابق، ص. 381، 382؛ الحطاب المالكي، المرجع السابق، ج5، ص. 191-194؛ الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج 4، المرجع السابق، ص. 127.

الفرضية الثالثة: أن يكون سمسارا وهو ما يسقط العهدة عليه لكون السمسار لا يكون وكيلا عادة بل هو رسول وسيط.

ونعرض لنصوص المذهب في الحالة الثانية وفق التالي:

- " .. الوكيل على بيع له أن يطلب المشتري بالثمن ويقبضه منه ويدفعه لموكله أو شراء له أن يشتريه ويقبضه من بائعه وإن ظهر به عيب ظاهر كما يأتي فله رده على بائعه بغير إذن موكله وهذا إذا لم يعين الموكل للوكيل المبيع، وأما إن عينه له بأن قال اشتر لي الشيء الفلاني فإنه ليس له رده، وهذه في الوكيل المخصوص أما الوكيل المفوض إليه فله أن يرده على بائعه ولو عينه له موكله ونحوه في المدونة، وقيد اللخمي رد المعيب بما إذا كان العيب ظاهرا وأما إن كان خفيا كالسرقة ونحوها فلا شيء على الوكيل ... إذا وكله على شراء شيء فإنه يطالب بثمنه ما لم يصرح بالبراءة من دفع الثمن وكذلك إذا وكله على بيع شيء فإنه يطالب بالمثمون ما لم يصرح بالبراءة من دفع المثمون وإلا فلا يطالب بذلك وإنما المطالب بما ذكر الموكل كبعثني فلان لتبيعه لا لأشتري منك وبالعهدة ما لم يعلم تشبيه بقوله ما لم يصرح بالبراءة أي فإن صرح بالبراءة بأن يقول وينقدك فلان دوني فلا مطالبة على الوكيل بالثمن ... وكذلك يطالب الوكيل بعهدة المبيع من غصب أو استحقاق ما لم يعلم المشتري أن المتولي للبيع وكيل فإن علم فالعهدة لا تكون عليه وتكون على من وكله أي فيرد عليه المبيع ويكون الثمن عليه وهذا في الوكيل المخصوص وأما المفوض فيتبع كما يتبع البائع والعهدة عليه كالشريك المفاوض والمقارض بخلاف القاضي والوصي ". وأضاف العدوي في حاشيته شرحا لهذا الكلام " (قوله ما لم يصرح بالبراءة) وما لم يكن العرف عدم المطالبة بهما فإن كان العرف ذلك لم يطالب بهما والسمسار كالوكيل في ذلك بخلاف العهدة فإن الوكيل عليه العهدة ما لم يعلم المشتري بأنه وكيل بخلاف السمسار فإنه لا عهدة عليه لأن الشأن فيه أن يبيع لغيره ... (قوله

وأما المفوض فيتبع) الحاصل أنه إذا كان مفوضا يتبع في ثلاث صور عدم علمه بأنه وكيل وبأنه وكيل وبأنه مفوض وغيره في صورة فقط وهو عدم علمه أنه وكيل. (قوله والمقارض) بفتح الراء أي عامل القراض بخلاف القاضي والوصي إذا باعا سلعة من سلع اليتيم فلا يطالبان بالعهدة فيما وليا بيعه والعهدة في مال اليتامى فإن هلك مال الأيتام ثم استحقت السلعة فلا شيء على الأيتام "[1] .

- " (قوله ما لم يعلم المشتري أنه وكيل) أي كالسمسار أي وما لم يحلف الوكيل أنه كان وكيلا في البيع ... (قوله إلا أن يكون مفوضا) أي، فإن كان مفوضا كان له الرجوع عليه وعلى الموكل فيصير له غريمان يتبع أيهما شاء كالشريك المفوض والمقارض. والحاصل أن الوكيل إن كان غير مفوض فإنه يطالب بالعهدة ما لم يحلف أو يعلم المشتري أنه وكيل وإلا كان المطالب بها الموكل، وإن كان مفوضا كان للمشتري الرجوع عليه لا فرق بين عدم علم المشتري أنه وكيل أو علم أنه وكيل فقط أو علم أنه وكيل مفاوض وفي المفوض يصير للمشتري غريمان كما علمت" [2].

ونتيجة لما سبق، يتضح أن القانون الفرنسي يتفق مع الفقه المالكي في أغلب المبادئ المنظمة لنظرية النيابة في التعاقد، حيث يعرف كلا منهما هذه النيابة نتيجة لأهميتها التي تفرضها الحاجات العملية. ثم يتفقا على ضرورة التمييز في التعاقد بين النائب والرسول على النحو المتقدم، ليخلصا بعد ذلك إلى تقسيم النيابة لأقسام ثلاثة وفق تعدد المصادر المنشئة لها، ثم اعتبار الوكالة أهم تطبيق للنيابة الاتفاقية بل للنيابة في التعاقد عامة.

---

[1]- الخرشي المالكي، المرجع السابق، ج6، ص. 72.

[2]- الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج3، المرجع السابق، ص. 382.

وبالرجوع إلى بقية العناصر، نجد القانون الفرنسي ومن وراءه فقهه يتعرض لمسائل النيابة من خلال البداية بالتنصيص على شروط ثلاثة يجب أن تتوفر فيها ثم الانتقال تبعا لذلك الى آثارها. ليسير بذلك على نفس النهج المعتمد في الفقه المالكي حينما نظم هذا الأخير أحكام النيابة المزج بين شروط يؤدي توفرها تبعا لترتيب آثارها. كما يلاحظ أن كلا منهما نظم هذه المبادئ نتيجة لخصوصية النيابة في التعاقد وأطرافها الثلاثية ممثلة في نائب وأصيل وغير. ليطرح السؤال بعد ذلك عن مدى اتفاقهما حول الحالة التي يتعاقد فيها النائب مع نفسه.

III – تعاقد الشخص مع نفسه[1]:

وهذه الفرضية تفرضها فكرة النيابة عامة. فمتى أمكن وجود نائب يحل محل أصيل في عقد ينصرف أثره الى هذا الأخير، يمكن أن نسلم بعقد يكون فيه النائب نائبا عن غيره وأصيلا عن نفسه كما لو باع لنفسه العين الموكل ببيعها مثلا. وبالإضافة إلى ذلك قد تتحقق هذه الفرضية بوجود نائب عن كل من طرفي العقد، فيكون موكلا في كل من البيع والشراء. وكل هذا مما تقتضيه الاعتبارات العملية، متى حفظ في هذا النوع من التعاقد مصلحة الأطراف [2].

هذا ويلاحظ أن القانون المدني الفرنسي لم يقرر نصوصا عامة في هذا الشأن رغم وجود بعض النصوص التي سنحاول التوقف عندها في معرض التطرق لهذه

---

[1]- Cf. DEMOGUE René, op.cit., pp.105-171 ; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.75-84 ; MAZEAUD H. L. J et CHABAS F, op.cit., pp.145-146 LARROUMET Christian, op.cit., pp.238-242; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p.314 ; WERY Patrick, op.cit., pp.65-66.

[2]- Cf. DEMOGUE René, op.cit., pp.105-106 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p.314.

الجزئية . إلا أن المفهوم من عدم وجود نص يمنع هو الإباحة وفقا للقواعد العامة.

فبخصوص تعاقد الشخص مع نفسه في الحالة التي يكون فيها نائبا عن أحد طرفي العقد، نص القانون المدني الفرنسي على أن الوكيل لا يستطيع شراء الشيء الموكل ببيعه لنفسه[1]، وهذا النص مقصورا على حالة الشراء في المزاد العام، مما جعل الفقه الفرنسي[2] يتوسع في تفسيره وأجاز هذا النوع من التعاقد في كل العقود التي لا تندرج ضمن الحضر الذي جاء في هذه المادة. فأجازوا مثلا تعاقد الوكيل مع نفسه في كل من الايجار والعارية والوديعة. ذلك أن العبرة في عدم إجازة هذا التعاقد هي وجود خطورة تتعلق بمصلحة الأصيل ليس إلا.

أما تعاقد الشخص مع نفسه في الحالة التي يكون فيها نائبا عن طرفي العقد معا كما لو كان وكيلا عن كل من البائع والمشتري. فإن خطورته أقل بكثير من خطورة الحالة السابقة، ذلك أن العبرة دائما هي في مدى رعاية النائب لمصلحة الطرفين، وفي هذه الحالة نجد الأصيلين هما من اختارا النائب برضاهما ووثقا فيه، مما يجعل النائب لا ينزح عادة إلى ترجيح مصلحة أحدهما على الآخر. وعلى هذا الأساس يمكن للوكيل بالعمولة أن يبيع بضائع إلى شخص عهد إليه بالشراء. فيكون بذلك وكيلا عن الطرفين فيتعاقد مع نفسه نيابة عنهما[3].

---

[1]– نصت على ذلك المادة 1596 ق م ف حينما قالت:

« Ne peuvent se rendre adjudicataires, sous peine de nullité, ni par eux-mêmes, ni par personnes interposées : Les tuteurs, des biens de ceux dont ils ont la tutelle ; Les mandataires, des biens qu'ils sont chargés de vendre ; Les administrateurs, de ceux des communes ou des établissements publics confiés à leurs soins ; Les officiers publics, des biens nationaux dont les ventes se font par leur ministère. Les fiduciaires, des biens ou droits composant le patrimoine fiduciaire ».

[2] –Cf. DEMOGUE René, op.cit., pp.122-127 ; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.79-80.

[3]–Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.80-81 ; MAZEAUD H. L. J

وبالرجوع إلى موقف المذهب المالكي من تعاقد الشخص مع نفسه وفقا للفرضيتين السابقتين، نجد فقهاءه ينطلقون ابتداء من عدم جواز بيع النائب لنفسه كقاعدة عامة، والاستثناء إجازة المؤكل للبيع في الحالة التي يكون فيها نائبا عن أحد طرفي العقد (أصيلا عن نفسه نائبا عن غيره)، كمن وكل في بيع شيء فيبيعه لنفسه. وما يقال عن هذه الحالة يقال قياسا في الفرضية الثانية التي يكون فيها المتعاقد مع نفسه نائبا عن طرفي العقد معا، بحيث أن القاعدة فيه هي المنع ما لم يجز كل من الموكلين هذا التعاقد. ونستعرض نصوص المذهب في هذه المعاني كالتالي:

- " الوكيل على بيع شيء لا يجوز له أن يبيعه من نفسه ولو كان بغير محاباة ما لم يكن بحضرة الموكل وما لم يسم له الثمن وما لم يأذن له في البيع لنفسه وإلا جاز كما قاله الشيخ كريم الدين وهو حسن في غير مسألة ما إذا سمى له الثمن فإن كلام ابن عرفة يفيد أن المعتمد المنع مع التسمية وكذلك لا يجوز للوكيل أن يبيع ما وكل على بيعه من محجوره من صغير وسفيه وعبده غير المأذون له ومثله شريكه المفاوض لأنه كنفسه ومثل البيع لمن ذكر الشراء منه ولا يمنع الوكيل أن يبيع ما وكل على بيعه من زوجته أو رقيقه الذي لا حجر عليه وهو المكاتب والمأذون له إذا كان بلا محاباة فإن حابى في ذلك بأن باع ما يساوي عشرة بخمسة مثلا فإنه لا يجوز ويمضي البيع ويغرم ما حابى به والعبرة بالمحاباة وقت البيع والفرق بين منع بيعه لمحجوره وجوازه لرقيقه أن المحجور لا يتصرف لنفسه وإنما الولي هو الذي يتصرف له فإذا باع له كأنه باع لنفسه بخلاف المأذون له والمكاتب والزوجة فإنهم يستقلون بالتصرف لأنفسهم وينسب إليهم" [1].

---

et CHABAS F, op.cit., pp.145-146.

[1]- الخرشي المالكي، المرجع السابق، ج6، ص. 77، 78.

- " وما اشترى لنفسه من رقيقهم وعقارهم فذلك نافذ إلا بالبخس البين فيرد كله ومتى قارب الأثمان مضى وما باعه من مال ولده الصغير محابى فيه، فإن صغرت المحاباة مضى وكان في مال الأب كالعطية وما عظم رد كله ... وقال ابن سلمون: وله أن يشتري مال ابنه لنفسه، ولا اعتراض عليه في شيء من ذلك عقارا كان المال، أو سواه إلا أن يثبت سوء النظر والغبن الفاحش، ثم قال: وإن ضمنت العقد: أن الثمن ثمن مثله فحسن، وإلا فهو محمول على السداد حتى يثبت فيه الغبن ... وكره مالك أن يشتري الوصي من مال اليتيم لنفسه فإن فعل أو أجر الوصي نفسه في عمل يتيم في حجره فإن فعله يتعقبه الإمام فما كان خيرا لليتيم أمضاه، وكذلك الأب في ابنه الصغير "[1].

- جاء في المدونة تحت عنوان ' الوصي يشتري من تركة الميت ' ما نصه: " قال عبد الرحمن بن القاسم: أتى إلى مالك رجل من أهل البادية فسأله عن حمارين من حمر الأعراب هلك صاحبهما وأوصى إلى رجل من أهل البادية، فتسوق الوصي بهما في البادية وقدم بهما المدينة فلم يعط بهما إلا ثمنا يسيرا نحوا من ثلاثة دنانير، فأتى إلى مالك فاستشاره في أخذهما لنفسه وقال: قد تسوقت بهما في المدينة والبادية فأنا أريد أن آخذهما بما أعطيت؟ قال: قال مالك: ما أرى به بأسا، وكأنه خففه لقلة الثمن ولأنه تافه وقد اجتهد الوصي. وقد قال ابن القاسم: وأما الوصي فقد قال مالك فيه: لا يشتري لنفسه ولا يشتري له وكيل له ولا يدس من يشتري له، ولكن مالكا وسع لهذا الأعرابي لأنه تافه يسير"[2]. وهو الحكم هو نفسه في سائر العقود، ومثاله من زوج نفسه من وليته التي وكلته في تزوجيها ورضيت الزواج به، أو المرأة التي لا ولي لها فيتزوجها القاضي أو يزوجها لأنه برضاها [3].

---

[1]- الحطاب المالكي، المرجع السابق، ج5، ص. 69-71.
[2]- مالك بن أنس الأصبحي، المرجع السابق، ج 4، ص. 355.
[3]- مالك بن أنس الأصبحي، نفس المرجع، ج 2، ص .113.

ليتضح بذلك الاتفاق بين القانون المدني الفرنسي وفقهه وبين الفقه المالكي بخصوص تعاقد الشخص مع نفسه، وهو الحال نفسه بخصوص أغلب أحكام التعبير عن الارادة كما اتضح في المطلب الأول، لننتقل بعد ذلك للبحث عن مدى امتداد هذا الاتفاق للمطلب الثاني ممثلا في توافق الارادتين.

المطلب الثاني
توافق الإرادتين

مما يلاحظ بداية في هذا الشأن، أن المشرع الفرنسي رغم انطلاقه من النص على الرضاء كأول ركن من أركان العقد وفق المادة 1108 من ق ف[1]. إلا أن هذا الأخير لم يعقد نصوصا تنظيمية تفضل مسائل الإيجاب والقبول وتوافقهما تاركا الأمر للفقه والقضاء.

وعلى هذا الأساس سنحاول البحث في هذا التوافق عن الإيجاب وأهم حالاته الخاصة (الفرع الأول)، لننتقل بعد ذلك للقبول المطابق للإيجاب وأهم حالاته الخاصة (الفرع الثاني)، ثم نتوقف بعدها عند الحالة التي لا يجمع المتعاقدين مجلس عقد واحد في ما يعرف بالتعاقد بين غائبين (الفرع الثالث).

الفرع الأول
الإيجاب وأهم حالاته الخاصة

حيث نبحث في الإيجاب (أولا)، لننتقل بعد ذلك لأهم صوره الخاصة (ثانيا):

---

[1]- راجع الصفحة 35 من هذه الدراسة.

أولا: الإيجاب:

وهو العرض الذي يقدمه أحد المتعاقدين للآخر. وكثيرا ما يمر بمراحل تبدأ بالمفاوضات المتعلقة بطبيعة العقد ومضمونه من خلال مظهر من مظاهر التعبير عن الارادة التي تعرضنا لها سابقا[1]. لتصل هذه المفاوضات بعد ذلك إلى إيجاب بات وكامل. كون القانون لا يرتب على هذه المفاوضات أثرا قانونيا ما لم يتسبب العدول عنها في ضرر يلحق الطرف الآخر يخوله المطالبة بالتعويض وفق القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية [2]. هذا وقد يكون الإيجاب معلقا كأن يعرض صاحبه التعاقد على الطرف الثاني مع الاحتفاظ بالحق في تغيير الثمن حسب تغيير الأسعار والظروف[3].

وإذا خرج الإيجاب من مرحلة المفاوضات وعلم به من وجه إليه صار باتا غرضه إحداث أثر قانوني جديا. إلا أن الموجب يستطيع العدول عنه ما لم يقترن بالقبول[4]. ويستثنى من هذا العدول الإيجاب الملزم الذي يحدد له صاحبه ميعادا يلتزم بالبقاء على ايجابه طيلة تلك المدة. وللطرف الآخر قبول الإيجاب في أي وقت قبل انقضاء تلك المدة[5].

[1] – راجع الصفحة 37 وما يليها من هذه الدراسة.

[2] – Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.154-155 ; MAZEAUD H. L. J et CHABAS F, op.cit., pp.124-125 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p.87.

[3] - Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.145,146 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.88-89.

[4] – Cf. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.91-92.

[5] – سبق الاشارة الى ذلك حين الحديث عن موقف القانون المدني الفرنسي من الارادة المنفردة من خلال الصفحة 66 من هذه الدراسة.

أما إذا سقط الإيجاب و لم يصدر القبول، فإن كل قبول بعد ذلك يعتبر ايجابا جديدا، ويسقط الإيجاب بالعدول عنه إذا لم يكن ملزما، أو بانتهاء مدته إذا كان ملزما، أو برفضه من الطرف الذي وجه إليه[1].

وقبل الرجوع إلى ما يقابل هذه الأحكام من نصوص الفقه المالكي، جدير بالإشارة إلى ما تقدم التعرض إليه في أحكام الصيغة في المذهب المالكي وتوقفها على تطابق إيجاب بقبول[2]، ومثال ذلك مما سبق: " الركن الأول الذي هو الصيغة التي ينعقد بها البيع هو ما يدل على الرضا من البائع ويسمى الإيجاب، وما يدل على الرضا من المشتري ويسمى القبول"[3].

أما ما يمكن اعتباره تعريفا للإيجاب من نصوص المذهب المالكي، فمثاله القول بأنه ما صدر ممن يكون منه التمليك وإن جاء متأخرا. والقبول هو ما صدر ممن يصير له الملك وإن صدر أولا[4]، ذلك أن القاعدة في سائر العقود هي تقدم الإيجاب عن القبول. فقول البائع للمشتري بعتك هو إيجاب، وقول المشتري اشتريت هو القبول، ولو تقدم القبول من المشتري وتأخر الإيجاب من البائع صح العقد استثناء، ومثاله أن يقول المشتري: بعني فيقول له البائع: بعتك[5].

وكما هو الحال في الفقه الفرنسي، عرف الفقه المالكي الإيجاب المعلق من خلال " عقد البيع بصيغة التعليق "، ومثاله تعليق البائع البيع على حدوث أمر أو عدم

---

[1] – Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p.157 ; MAZEAUD H. L. J et CHABAS F, op.cit., p.136 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., pp.242-243 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p.95.

[2] – راجع الصفحة 4 و5 من الدراسة.

[3] – الحطاب المالكي، المرجع السابق، ج4، ص. 228.

[4] – وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج4، الطبعة الثانية، ص. 93.

[5] – الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج3، المرجع السابق، ص. 3.

حدوثه، ذلك أن المذهب وإن كان لا يعتبر هذا النوع من الصيغة صالحة لانعقاد العقد بسبب التردد وعدم الجزم الذي يعتريها، إلا أنه استثنى من ذلك بعض الحالات منها " تعليق الصيغة من البائع الذي طلب من المشتري الإقالة، فقال له المشتري: أخاف إن أقلتك أن تبيعها لغيري، فيقول البائع إن بعتها لغيرك فهي لك بالثمن الذي اتفقنا عليه، فإذا أقاله وباعها لغيره بالقرب من زمن الاقالة، فإنها تكون للمشتري الأول بالثمن الذي اتفقا عليه تلقائيا من غير حاجة لتجديد عقد" [1].

ثم ولأن التعاقد النهائي يفترض مروره بمراحل تمهيدية، لا يشترط المذهب المالكي الفورية في القبول حين اجتماع المتعاقدين في مجلس واحد[2] من خلال ما يعرف فيه وفي الفقه الاسلامي عامة بنظرية مجلس العقد[3] (أو التعاقد بين حاضرين). والغرض من هذه النظرية هو تحديد المدة التي يصح أن تفصل القبول عن الإيجاب حتى يتمكن من عُرض عليه الإيجاب من تدبر أمره فيقبل الإيجاب أو يرفضه، ولو اشترط أن يكون القبول فورا لتضرر هذا الأخير، إذ لا يتهيأ له وقت للتدبير، ومصدر النظرية هو قوله ﷺ " المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا" [4]، ذلك أن المقصود بالتفرق في المذهب المالكي[5] هو التفرق بالأقوال حيث لا يمكن الرجوع عن العقد في المجلس بعد القبول ارتباط الإيجاب بالقبول.

---

[1]- أنظر، الصادق عبد الرحمان الغرياني، المعاملات في الفقه المالكي، أحكام وأدلة، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، بيروت لبنان، 2007، ص. 39.

[2]- ومما جاء في ذلك من حاشية الدسوقي" لا يضر في البيع الفصل بين الإيجاب والقبول إلا أن يخرجا عن البيع لغيره عرفا ..."، الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج3، المرجع السابق، ص. 5.

[3]- راجع في هذه النظرية من الفقه المالكي، الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج3، نفس المرجع، ونفس الصفحة؛ الحطاب المالكي، المرجع السابق، ج4، ص. 228؛ ومن الفقه الاسلامي عامة، عباس حسني محمد، العقد في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، ج1، الطبعة الأولى، 1993، ص. 135-149؛ مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص.432 وما يليها.

[4]- مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، الموطأ، ج2، المرجع السابق، ص. 671.

[5]- مالك بن انس الأصبحي، المدونة، ج3، المرجع السابق، ص. 222، 223؛ ابن رشد القرطبي، ج3، المرجع السابق، ص. 225 وما يليها.

هذا ويعتبر المذهب المالكي من أكثر المذاهب تشددا في مسالة قوة الإيجاب الملزمة، ذلك أن مالك يرى بإلزامية الإيجاب وعدم استطاعة الموجب الرجوع عنه طالما لم يصدر قبول من الطرف الآخر قبل انفضاض المجلس[1]، وتغير المجلس بوجود فاصل هو صورة من صور انفضاضه، حيث يحتكم فيها فقهاء المذهب إلى العرف حينما يفرقون بين ما يؤدي إلى انفضاضه أو عدم انفضاضه[2]. وزيادة لذلك، يتشدد المذهب المالكي أكثر في حالة تقييد الإيجاب بمدة يستطيع فيها الطرف الثاني القبول (وفق ما يسمى في الفقه الفرنسي أعلاه بالإيجاب الملزم)، ذلك أن فقهاءه يذهبون إلى أن الإيجاب يكون ملزما لا يجوز الرجوع فيه قبل انفضاض مجلس العقد، فيكون من باب أولى الالتزام بالإيجاب الذي يعين فيه صاحبه ميعادا صريحا أو ضمنيا للقبول، بحيث ينفصل عن صاحبه ويستقر في ذمته طوال مدة لزومه، ومثالها أن يقول: أنا على إيجابي مدة يوم، إذ يلزمه هذا التقييد حتى لو انتهى المجلس[3]، وهذا يتفق مع المبدأ العام في الشريعة الإسلامية وهو: " المسلمون على شروطهم "[4].

على أن الايجاب يسقط في المذهب المالكي بانتهاء مدته إذا كان ملزما أو رفضه الطرف الآخر، وهو ما يؤدي بالضرورة إلى اعتبار كل قبول بعد ذلك إيجابا جديدا، خاصة أن فقهاء المذهب يقولون بتقدم القبول عن الإيجاب أحيانا كما اتضح

---

[1]- الحطاب المالكي، المرجع السابق، ج4، ص. 240؛ ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص. 188.

[2]- وفي ذلك جاء من نصوص المذهب: " والذي يأتي على المذهب أن من أوجب البيع لصاحبه من المتبايعين لزمه إن أجابه صاحبه في المجلس بالقبول ولم يكن له أن يرجع قبل ذلك ..."، إلى أن قال " قلت وينبغي أن يقيد ذلك بأن لا يحصل بينهما فاصل يقتضي الإعراض عما كانا فيه كما تقدم في بيع المزايدة أنه إذا أمسك البائع السلعة التي نادى عليها وباع بعدها أخرى لم يلزم المشتري البيع، وقد يؤخذ ذلك من قول ابن رشد إذا أجابه فإنما يكون جوابا في العرف إذا لم يحصل بينهما فاصل يقتضي الإعراض عما كانا فيه ..."، الحطاب المالكي، المرجع السابق، ج4، ص. 241.

[3]- راجع في هذا المعنى، الحطاب المالكي، المرجع السابق، و.

[4]- قوله ﷺ " المسلمون على شروطهم، إلا شرطا حرم حلالا، أو أحل حرام "، سنن الترمذي، المرجع السابق، ج3، ص. 626.

أعلاه. وعلى ذلك يمكن القول أن القبول الذي يغير الإيجاب بمثابة إيجاب جديد، ومثاله من نصوص المذهب: " أن يقول المشتري: يا فلان بعني سلعتك بعشرة فيقول: لا، فيقول له: بأحد عشر فيقول: لا، ثم يقول البائع: أبيعكها باثني عشر، فيقول المشتري: قبلت، فيلزم البيع ولا رجوع للبائع بعد ذلك"[1].

وعلى ذلك يتضح توافق القانون المدني الفرنسي مع الفقه المالكي في جل أحكام الإيجاب، وإن كان من اختلاف فهو فهو في مدى إلزامية الإيجاب غير المقيد بمدة. ذلك أن الفقه الفرنسي يقول باستطاعة الموجب العدول عن إيجابه ما لم يقترن بالقبول، عكس المذهب المالكي الذي يتشدد في إلزامية الإيجاب، ويقول إن صاحبه لا يستطيع الرجوع عنه طالما لم يصدر قبول من الطرف الآخر قبل انفضاض المجلس.

ثانيا: الحالات الخاصة للإيجاب:

وأهم هذه الحالات هي عرض الإيجاب على جمهور بمنح جائزة لمن يقوم منهم بعمل معين (L'offre publique de récompense)، أو أن يقتصر على مجرد وعد بالتعاقد (Promesse de contrat):

I- الوعد بجائزة:

تقدم القول أن القانون المدني الفرنسي لا يقر بقدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزامات عكس الفقه المالكي الذي يجعل لها ميدانا فسيحا[2]. وأن فقهاء المذهب المالكي نظموا الوعد بجائزة تحت مسمى الجعالة باعتبارها أهم تطبيق من تطبيقات

---

[1]- الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج3، المرجع السابق، ص. 4.

[2]- راجع الصفحة 67، 68 من هذه الدراسة.

الالتزام بالإرادة المنفردة[1]، وهو ما يجعل البحث عن مدى تأثر القانون المدني الفرنسي بالفقه المالكي في تنظيم ما يعرف بالوعد بجائزة غير ذا أهمية وقد اختلفا جذريا في هذا المجال .

هذا وبصرف النظر عن اختلافهما، يعرف المالكية الجعالة بأنها "الإجارة على منفعة مظنون حصولها"[2]. والجعل هو ما يعطى مقابل عمل معين، أو مقابل منفعة يظن حصولها، كمن يلتزم بأن يجعل جعل لمن يرد عليه متاعه الضائع، أو دابته الشاردة، أو يحفر له بئر حتى يصل إلى الماء، أو يحفظ ابنه القرآن، أو يفوز في مسابقة معينة، الخ [3].

والجعالة مشروعة بالقرآن[4] والسنة[5]. ولها شروط وأحكام. فأما الشروط[6] فمنها: أن يكون الجاعل أهلا للتصرف بأن يكون بالغا، عاقلا، ورشيدا. وأن يكون الثمن معلوما مقدورا على تسليمه. وأن تكون المنفعة معلومة مباح الانتفاع بها[7]. ولا

1- جدير بالإشارة هنا إلى أن التشريعات العربية – ومنها القانون المدني الجزائري في مادته 123 مكرر1 – نظمت الوعد بجائزة على خطى القانون المدني المصري في مادته 261. أما هذا الأخير فاستنبط أاكحمها من الشريعة الإسلامية شأنها شأن الأحكام الأخرى التي حاول من خلالها التخلص من التبعية لعجلة القونان المدني الفرنسي، أنظر، بن خدة حمزة، مظاهر تأثر القانون المدني الجزائري بالشريعة الإسلامية ،ةالتصرف القانوني نموذجا، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقائد، تلمسان، 2007، ص. 166 ،165 .

2- ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج2، ص. 235 .

3- سيد سابق، المرجع السابق، ص. 292.

4- قوله تعالى: ﴿ قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيم ﴾، سورة يوسف، الآية 72.

5- منها قول رسول الله ﷺ في غزوة حنين: " من قتل قتيلا فله السلب"، أنظر، محمود محمد خليل، المسند الجامع، الجزء 7، دار الجيل للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الشركة المتحدة لتوزيع الصحف والمطبوعات، الكويت، الطبعة الأولى، 1993،ص. 209 .

6- الخرشي، المرجع السابق، ج 7، ص. 59 وما يليها؛ الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج4، المرجع السابق، ص. 06 وما يليها؛ بالصاوي الاملكي، ج4، المرجع السابق، ص. 97؛ ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج4، ص. 20؛ شهاب الدين احمد بن إدريس القرافي، المرجع السابق، ج6، ص. 6 وما يليها.

7- وبالإضافة إلى هذه الشروط، اشترط المالكية ألا يضرب للجعالة أجلا حتى لا يزيد في غرر الجعل، إذا قد

يشترط في الجعل حضور المتعاقدان. فالجعالة مثلما تكون لشخص معين، تكون لأي شخص يقوم بالعمل من غير أن يكون معلوما لدى العاقد[1]. وأما الأحكام فتتعلق بعنصرين، يتعلق الأول باستحقاق الأجرة عن الجعل وتعلقه بالقيام بالعمل، أما الثاني فيعنى بفسخ الجعل انطلاقا من مدى وجود الإلزام فيه[2].

أما الفقه الفرنسي[3] فيجري أحكام العقد على الوعد بجائزة فلا يلتزم الواعد فيه إلا إذا اقترن ايجابه بقبول من شخص معين. أما مجرد الوعد دون اقتران بقبول فلا يعدوا عن كونه ايجابا غير ملزم. وهو ما يخول صاحبه العدول عنه في أي وقت حتى لو قام شخص بالعمل المطلوب دون علمه بالجائزة. وحينها يستطيع هذا الأخير الرجوع على الواعد لا على أساس إخلال بالتزام تعاقدي بل على أساس قاعدة الاثراء بلا سبب. أما إذا علم الجمهور بالإيجاب وتحددت له مدة اطمئن الناس لها التزم الواعد بوعده طيلة المدة، وإذا أثبت شخص أنه علم بالوعد وقبله أصبح الواعد ملتزما لا على أساس الارادة المنفردة بل على أساس عقد بينه وبين من قبل الوعد. وإذا أراد الواعد الرجوع في وعده وجب عليه أن يعدل بالطريقة التي أعلن بها الوعد، وإذا لم يكن أحد من الجمهور علم بالوعد وقبله قبل اعلان العدول، سقط ايجاب الواعد بالعدول ولا يجوز صدور قبول من أحد بعد ذلك.

هذا ورغم ما استقر عليه الحال في فرنسا بخصوص إجراء أحكام العقد على الوعد بجائزة كنتيجة آلية لتبني القانون المدني الفرنسي الصبغة الشخصية وضرورة

ينتهي الأجل قبل تمام العمل فيذهب عمله باطلا أو يأخذ ما لا يستحق، القرافي، المرجع السابق، ج6، ص.15؛ ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج4، ص. 20.

[1]- شهاب الدين احمد بن إدريس القرافي، المرجع السابق، ج6، ص. 6.

[2]- ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج4، ص. 20؛ الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج4، المرجع السابق، ص. 61 وما يليها.

[3]- Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.164-165.

توفر رابطة تعاقدية لإنشاء التصرفات القانونية. حاول بعض[1] الفقه الفرنسي تكييف الوعد بجائزة على أساس الإرادة المنفردة بما يخالف نهج القانون الفرنسي وجل شراحه، وينتج موافقة للفقه الاسلامي في هذا الشأن والقوانين الحديثة التي سارت على خطاه، حيث قالوا بأن الواعد يلتزم بالبقاء على وعده لا على أساس التزام تعاقدي أنشأه في ذمته بل على أساس إلزامه نفسه بإرادته المنفردة.

II- الوعد بالتعاقد[2]:

كثيرا ما يتعلق الإيجاب بمجرد وعد بتعاقد تمليه ضرورة الحياة العملية، مثاله توقع شخص حاجته في المستقبل إلى أرض بجوار مصنعه أو منزله لا يستطيع شراءها فورا، فيكتفي بالتعاقد مع صاحب الأرض. حيث يتعهد هذا الأخير ببيعها إذا أبدى الأول رغبته في الشراء خلال مدة معينة. ليكون الوعد بذلك عقدا ملزما لجانب واحد هو الواعد دون الموعود له. وكما قد يكون الواعد هو البائع، يوجد الوعد بالشراء الذي يلتزم فيه طرف بشراء شيء يبدي طرف ثان رغبته في بيعه خلال مدة معينة [3]. وهو ما نص عليه القانون المدني الفرنسي حين تبيانه للقواعد العامة لأحكام الوعد بالبيع في المادتين 1589، 1590.

1 -Cf. DEMOGUE René, op.cit., pp.55-59 ; COLIN Ambroise et CAPITANT Henri, Cours élémentaire de droit civil français, Tome 2, 7e édition, Librairie, Dalloz, Paris 1932.

2 -Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp. 167-182 ; COLIN Ambroise et CAPITANT Henri, op.cit., pp.473-476 ; MAZEAUD H. L. J et CHABAS F, op.cit., pp.128-132 ; LARROUMET Christian, op.cit., pp.267-283 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., pp.227-230.

3 - Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p.167 ; MAZEAUD H. L. J et CHABAS F, op.cit., p.128.

ومن خلال ما سبق، يتضح أن الوعد بالتعاقد مرحلة وسطى بين الإيجاب والتعاقد النهائي، ذلك أن الايجاب والقبول فيه ينصبا على الوعد بالتعاقد لا على العقد في حد ذاته، كون الواعد يلتزم بإجراء العقد في الوقت الذي يظهر فيه، إلا أن أهلية الواعد يجب أن تتوفر وقت وعده ليصح. عكس أهلية الموعود له التي يجب أن تتوفر وقت العقد النهائي لا وقت الوعد[1].

وإذا تم الوعد بالتعاقد واتفق الطرفان على جميع أركان العقد أصبح الواعد ملتزما بوعده لا يجوز له الرجوع فيه. كما أن هذا الوعد يرتب للموعود له حقا شخصيا يخوله الحصول على تأمينات شخصية أو عينية لضمان حقه. فضلا عن حقه رفع دعوى قضائية لإثبات هذا الحق. مع الإشارة إلى إمكان انتقال حق الموعود له إلى ورثته ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك في الوعد[2].

هذا ويبقى الموعود له محتفظا بحقه الشخصي الذي استمده من الوعد طيلة المدة المتفق عليها، وإذا لم يكن هناك اتفاق صريح على مدة محددة أو يمكن استنتاجها ضمنيا من المدد المعقولة ممارسة، فإن هذا الحق لا يزول إلا بالتقادم الطويل المحدد بـــ 30 سنة [3].

[1] – Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p.170 ; COLIN Ambroise et CAPITANT Henri, op.cit., pp.473-474.

[2] – Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p.170.

[3] – Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.178,179.

وراجع أيضا المادة 2262 ق م ف التي حددت المدة الطويلة لتقادم الدعاوى والتي جاء بها:

« Toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans, sans que celui qui allègue cette prescription soit obligé d'en rapporter un titre ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi ».

وقد يسقط حق الموعود له بانقضاء الميعاد المحدد دون أن يظهر الموعود له رغبة في التعاقد. كما قد يسقط بأسباب أخرى كتحقق شرط فاسخ للوعد أو إفلاس الموعود له قبل ظهور رغبته في التعاقد. أما إذا لم يسقط الحق وأظهر الموعود له رغبته في التعاقد النهائي فإن العقد النهائي يتم بمجرد ظهور هذه الرغبة. ويتم العقد حينها في زمان ظهور هذه الرغبة لا وقت الوعد بالتعاقد[1]. على أن ما يجب الإشارة إليه في هذا الشأن، هو أن الوعد المتعلق بعقد شكلي يجب أن يصب في شكل رسمي. كما أن مجرد ظهور رغبة الموعود له بتحويله إلى نهائي لا تكفي إلا بمراعاة الإجراءات الشكلية اللازمة لإتمام العقود الشكلية [2].

وقبل الرجوع إلى ما يقابل ما سبق في الفقه المالكي، حدير بالتنويه إلى أن الشريعة الإسلامية عامة تتفق والقانون المدني الفرنسي على كون العقد ارتباط بين إيجاب صادر من أحد المتعاقدين بقبول صادر من متعاقد آخر. أما الوعد فهو "ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالإضافة إلى المستقبل لا على سبيل الإلزام في الحال، كأن يعد شخص شخصا آخر ببيعه أرضا مثلا "[3].

وعلى ذلك يتضح أن بين العقد والوعد فروقا واضحة من حيث المعنى والصيغة، ذلك أن الوعد لا يتضمن إنشاء الالتزام في الحال، إنما هو مجرد إخبار عن إنشاء التزام في المستقبل، لذلك تكون صيغته بلفظ المستقبل. أما من جهة الحكم، فإن جميع الفقهاء اتفقوا على كون العقد واجب الوفاء من المتعاقد، ويجبره القاضي على تنفيذه

[1] – Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.180-181.

[2] – Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.130-131 ; LARROUMET Christian, op.cit., pp.270-271 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., pp.229-230.

[3]– مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص. 508.

في حالة الامتناع[1] ولا خلاف بين الفقهاء فيما تقدم.

أما الخلاف بينهم، فكان بخصوص لزوم الوفاء بالوعد. وهل يمكن اللجوء الى القضاء في حالة عدم الوفاء بالوعد، أو أن الوفاء به ديانة فقط كونه من مكارم الأخلاق. ففي الحالة التي يعد فيها شخص آخر بتصرف، فهل على القاضي إجبار الواعد بالوفاء كما يجبر العاقد بالوفاء بعقده ؟ وهو ما سنحاول البحث فيه انطلاقا من موقف فقهاء المذهب المالكي.

فبالرجوع إلى موقف مالك وأصحابه[2] في الزامية الوعد، نجدهم انقسموا إلى أربعة اتجاهات:

الأول: أن الوعد يقضى به مطلقا، وإلى هذا ذهب بعض أصحاب مالك كابن شبرمة[3]، حيث قالوا أن الوعد كله لازم ويقضى به على الواعد ويجبر عليه، وأسسوا لهذا الموقف بآيات قرآنية وأحاديث نبوية منها، قوله تعالى: ﴿ وَأَوْفُواْ بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْؤُولاً ﴾ [4]، وقوله ﴿ كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ ﴾[5]. ومما روى عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما عن الرسول ﷺ قال: " أربع من كن في كان منافقا خالص، ومن كانت فيه خصلة منهن، كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها"[6]، ثم ذكر منها "إذا وعد أخلف"، فالله تعالى في الآية الأولى مثلا قد أمر

---

[1]- رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص. 347، 348.

[2]- رمضان علي السيد الشرنباصي، نفس المرجع، ص.349-351؛ مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص. 509؛ أبي محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، إدارة الطباعة المنيرية بمصر، ج8، ص.28-30؛ عبد الفتاح تقية، المختصر في الفقه المدني من خلال الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 78، 79.

[3]- ابن حزم، المرجع السابق، ج8، ص.28-30؛ رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص. 349.

[4]- الإسراء، الآية 24.

[5]- سورة الصف، الآية 3.

[6]- المسند الجامع، المرجع السابق، ج11، ص. 18.

بالوفاء بالوعد، والأمر يفيد الوجوب عند عدم وجود قرينة على خلاق ذلك، مما يجعل الوفاء بالوعد واجبا يقضى به.

الثاني: لا يقضي به مطلق لأنه تفضل وإحسان أن أمر بالوفاء به ديانة[1]. وحجتهم في هذا نصوص منها قوله ﷺ: "إذا وعد الرجل وينوي أن يفي به و لم يف فلا جناح عليه"[2].

الثالث: يجب الوفاء بالوعد إن كان على سبب وإلا فلا، ويستوي في ذلك إن كان الواعد قد أدخل الموعود له في السبب أو لا[3].

الرابع: وهو المشهور من هذه الأقوال، ومفاده أنه إذا كان الوعد على سبب وقد تسبب الواعد بإدخال الموعود له بذلك السبب، وجب الوفاء له قضاء، شأنه في ذلك شأن العقد. ومثاله أن يقول شخص لآخر أنه يريد أن يهدم داره أو يبنيها وليس عنده ما يمكنه من ذلك، فيقول له الآخر، أفعل وأنا أقرضك كذا أو أعطيك كذا، فإنه يلزمه الوفاء بما وعد إذا دخل في العقد بناء على ذلك وهذا هو قول مالك وابن القاسم وذهب إليه سحنون[4].

وبناء عليه، يتضح" أن الرأي الراجح من آراء الإمام مالك أن الوعد في قوة العقد في الإلزام إن كان الواعد قد أدخل الموعود في السبب أو باشره بناء على الوعد" [5]. وما يؤيد هذا الرأي بالإضافة إلى النصوص الشرعية التي استند إليها

---

[1]- مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص. 509؛ عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص. 78.
[2]- المسند الجامع، المرجع السابق، ج5، ص. 492.
[3]- رمضان الشرنباصي، المرجع السابق، ص. 349؛ عبد الفتاح تقية، نفس المرجع، ص. 79.
[4]- رمضان الشرنباصي، نفس المرجع، ص. 349، 350؛ عبد الفتاح تقية، نفس المرجع، ونفس الصفحة.
[5]- عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص. 79.

أصحاب الرأي الأول، نصوص أخرى منها قوله تعالى: ﴿ وَأَوْفُواْ بِعَهْدِ اللّهِ إِذَا عَاهَدتُّمْ ﴾[1]، وقوله ﷺ :" لا إيمان لمن لا أمانة له، ولا دين لمن لا عهد له"[2].

وما يلاحظ عند الوقوف عند هذا الرأي، أن أصحابه لم يقولوا بإلزام الوعد على إطلاقه كما في الرأي الأول، ذلك أنهم قالوا بإمكان عدم الوفاء بالوعد إذا وجد مانع يحول دون الوفاء به، ومثال المانع ، موت الواعد أو إفلاسه[3].

ليتضح من ذلك أن القانون المدني الفرنسي والفقه المالكي وإن لم ينظما الوعد بالتعاقد على ذات النهج التفصيلي كما يتضح من خلال اشتراط القانون المدني الفرنسي إفراغ الوعد بالتعاقد المتعلق بعقد شكلي في قالب شكلي، اتفقا كلا منهما حول الوعد كمبدأ حينما يتعلق الإيجاب والقبول بمرحلة وسطى تتمثل في وعد يضاف إلى المستقبل. وأن الزامية هذا الوعد قد تتأثر بأسباب تمنع من ترتيبه لعقد كموت صاحبه أو افلاسه. وهو ما يجعل حيز الاتفاق بينهما يشمل المبدأ اشتماله على التضييق عليه حالة وجود مانع.

ولأن الموقف من الإيجاب وأهم حالاته الخاصة كان على النحو المتقدم، حري بالبحث عن مدى وجود تماثل بين القانون المدني الفرنسي والفقه المالكي أن ينتقل إلى الشق الثاني من توافق الإرادتين، ألا وهو القبول وأهم حالاته الخاصة ؟.

---

[1]- سورة النحل، الآية 91.

[2]- المسند الجامع، المرجع السابق، ج1، ص. 183.

[3]- عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص. 79، 80.

الفرع الثاني
القبول وأهم حالاته الخاصة

إذ نتوقف عند القبول (أولا)، لننتقل بعد ذلك كما كان الحال في الإيجاب لأهم صور القبول الخاصة (ثانيا):

أولا: القبول:

إذا صدر الإيجاب من الموجب بالشكل السابق، وجب أن يقترن بقبول مطابق له ليتم العقد. وعادة ما يصدر القبول بعد الإيجاب فيقترن به متى كان هذا الأخير لا زال قائما و لم يسقط وفق حالات السقوط التي رأيناها أعلاه[1].

وكما قد يكون القبول بلفظ صريح أو ضمني[2]، قد يكون السكوت قبولا وفقا لطرق التعبير عن الارادة السابقة[3]. وقد يتعلق هذا القبول بكل الإيجاب كما قد يتعرض بجزء منه فقط ما لم تكن طبيعة المعاملة غير قابلة للتجزئة أو أن نية الموجب لم تتجه إلى الحصول على قبول جزئي[4]. إلا أن هذا لا يعني ضرورة الاتفاق على كل تفاصيل العقد للقول بتطابق القبول مع الإيجاب، حيث يكفي أن يتعلق القبول بالعناصر الجوهرية للعقد كتبيين المبيع وثمنه أو العين المؤجرة والأجرة ومدة الايجار دونما اتفاق على المسائل التفصيلية[5]، ذلك أن هذه المسائل تترك للقانون أو لسلطة

---

[1]- راجع الصفحة 89 من هذه الدراسة.

[2]- Cf. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p.100 ;

وراجع أيضا ما ذكر سابقا في التعبير الصريح والتعبير الضمني، الصفحة 38، 39 من هذه الدراسة.

[3]- راجع الصفحة 42-44 من هذه الدراسة.

[4]- Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.148-149.

[5]-Cf. LARROUMET Christian, op.cit., pp.231-232 ; FLOUR Jacques, AUBERT

القاضي التقديرية في حالة غياب النص القانوني ليحكم فيها وفق أحكام العدالة والعرف مراعيا فيها طبيعة المعاملة [1].

هذا ويجب الإشارة إلى مسألة مهمه في القبول تتعلق بموت أو فقدان أهلية الشخص الموجه إليه الإيجاب قبل قبوله، ذلك أن موت أي من الطرفين أو فقد أهليته قبل انعقاد العقد يحول دون انعقاده. وأساسه عدم توافق الإرادتين وقت تمام العقد، وإرادة الشخص لا يكون لها وجود بعد موته ولا يعتد بها القانون المدني الفرنسي إذا فقد أهليته كنتيجة حتمية للأخذ بنظرية الإرادة الباطنة التي تنتهي بموت صاحبها وتزول بفقده أهليته [2].

أما ما يقابل هذه الأحكام من نصوص الفقه المالكي، فقد سبقت الإشارة حين الحديث عن الإيجاب إلى ما تقدم من كلام عن الصيغة في المذهب المالكي وتكونها من إيجاب مطابق للقبول، وأن الإيجاب في المذهب هو ما صدر ممن يكون منه التمليك. وأن القبول هو ما صدر ممن يصير له الملك. وكيف أن القاعدة في سائر العقود هي تقدم الإيجاب عن القبول.

وكما هو الحال في القانون الفرنسي أعلاه، يشترط المالكية في اقتران الإيجاب والقبول العلم بالعناصر الجوهرية للعقد من خلال شرط تعيين المعقود عليه (محل العقد) علما مانعا للجهالة الفاحشة، ذلك أن المعقود عليه يجب أن يكون معلوما

Jean-Luc, op.cit., p.103.

1 – Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p.149.

2 – Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.160-161 ; MAZEAUD H. L. J et CHABAS F, op.cit., pp.127-128 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.95-96.

علما يمنع من المنازعة لجهالة فاحشة تلحق الثمن والمثمن تبطل العقد في المذهب[1]. أما الجهل اليسيير (المقابل للمسائل الثانوية في القانون الفرنسي) فلا يشترط المذهب الاتفاق عليها تفصيلا قبل التعاقد، وإن تنازعا المتبايعان بعد ذلك في الثمن والمتمن فللقاضي أن يحكم بناء على بينة أو يفسخ العقد ويرد الثمن والمبيع (أو مثله أو قيمته) مع اليمين [2]. مع الإشارة إلى أن القانون الفرنسي وإن وافق المذهب المالكي في مبادئ القبول، إلا أن هذا الأخير يتوسع في تعيين المحل بقدر أكبر مما يتطلب القانون المدني الفرنسي، وهو ما يؤثر في حجم المسائل الثانوية التي يمكن عدم الاتفاق حولها في العقد على النحو الذي سنراه في دراسة محل العقد بينهما[3].

ثانيا: الحالات الخاصة للقبول:

وهي عقود يتخذ فيها القبول شكلا غير الشكل المألوف، ونبدأ فيها بالمزايدة، لننتقل بعدها لعقود الاذعان.

I- المزايدة:

المزايدة طريق في التعاقد يستلزمه القانون أحيانا كما في حال بيع أموال المدين عن طريق القضاء جبريا بسبب عدم وفائه بديونه. كما قد تكون المزايدة اختيارية إذا اختار البائع هذا الطريق. وخصوصية هذا النوع من التعاقد تكمن في معرفة مقدم الإيجاب من مقدم القبول. ذلك أن طرح الصفقة في المزاد لا يعدو عن كونه دعوة

---

[1]- راجع في شرط تعيين المعقود عليه عند المالكية الصفحة 120 من هذه الدراسة.

[2]- الحطاب المالكي، المرجع السابق، ج4، ص. 509-511؛ الدسوقي على الشرح الكبير للدردر ي، ج3، المرجع السابق، ص. 188، 189؛ أبو عبد الله المواق المالكي، ج 6، المرجع السابق، ص. 467.

[3]- راجع الصفحة 120، 121 من هذه الدراسة.

للتعاقد. وكل عطاء يقدم هو إيجاب يسقطه آخر يزيد عليه. أما القبول الذي ينعقد به العقد فهو رسو المزاد على من قدم أعلى عطاء من المزايدين[1]. ومن بين أمثله البيع بالمزاد في القانون المدني الفرنسي بيع ما لا ينقسم كالعقار المشترك بين مالكين أو أكثر متى كان المبيع غير سهل القسمة بطبيعته، أو أن أحد الشركاء أو المالكين على الشيوع امتنع عن قبول ما آل إليه من حصة بعد القسمة الاختيارية بينهم (المواد 1686-1687)[2].

وبالرجوع إلى المذهب المالكي، نجده يعرف عقد المزايدة[3]، ويعرف فيه أحيانا بـــ " بيع من يزيد "، وأصله ما روي عن أنس ابن مالك في أن رسول الله صلى الله عليه وسلم باع حلسا وقدحا وقال " من يشتري هذا الحلس والقدح ؟ فقال رجل: أخذتهما بدرهم، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: من يزيد على درهم ؟ من يزيد على درهم ؟ فأعطاه رجل درهامين فباعهما منه[4].

هذا ويجب الإشارة إلى الفرق بين بيع من يزيد في المذهب وبيع آخر منهي عنه هو بيع المستام[5]، ذلك أن هذا الأخير يحدث بعد تمام البيع على ثمن معلوم، أو أن ينافس فيه البائع بائع غيره بائع سلعته لمشتري، فعرض البائع الثاني سلعته أجود بمثل

---

[1]-Cf. ROUSSEAU-HOULE Thérèse, Précis du droit de la vente, Les presses de l'Université Laval, 1986, pp.263-266.

[2]- وراجع أيضا في البيع بالمزاد المواد 1271 الى 1281 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي.

[3]- عليش أبو عبد الله المالكي، ج5، المرجع السابق، ص. 263؛ الحطاب المالكي، ج4، المرجع السابق، ص. 226.

[4]- أنظر باب بيع المزايدة، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج4، دار المعرفة، بيروت، 1379 هـ، ص. 354.

[5]- باب لا يبيع على بيع أخيه ولا يسوم على سوم أخيه حتى يأذن له أو يترك، قوله صلى الله عليه وسلم «لا يبيع بعضكم على بيع أخيه»، فتح الباري، ج4، نفس المرجع، ص. 353.

الثمن على ذلك المشتري بعد تمام البيع الأول[1].

ومما يلاحظ من نصوص المذهب المالكي بخصوص بيع من يزيد، أن الإيجاب في هذا النوع من البيع يتمثل في تقديم العطاء، وأن القبول هو إرساء المزاد على المتقدم بأفضل عطاء، وصاحب السلعة مخير إلى انقضاء مجلس المناداة بين إرساء المزاد على مقدم أفضل عطاء أو امساك سلعته، إضافة إلى أن تقديم عطاء يزيد عن الذي قبله ملزم لصاحبه لا يستطيع الرجوع فيه. ما لم يختر البائع عدم إرساء المزاد، مع مراعاة العرف في هذا المجال[2].

ثم وإن كان الأصل في بيع من يزيد أن يرسو المزاد على أفضل عطاء، إلا أن فقهاء المذهب أجازوا لصاحب السلعة أن يرسي المزاد على عطاء أقل لأسباب متعددة منها الثقة في صاحب العطاء الأقل بدل العطاء الأكبر[3]. مع التنبيه إلى كراهية تواطؤ صاحب المزاد مع مزايد صوري غرضه المزايدة ليعلي سعر السلعة وفق ما يعرف

---

[1]- الحطاب المالكي، المرجع السابق، ج4، ص. 239؛ ابن جزي، المرجع السابق، ص. 175؛ ابن رشد القرطبي، ج3، المرجع السابق، ص. 183.

[2]-وفي ذلك جاء من المذهب " وأما بيع المزايدة .. الحكم فيه أن كل من زاد في السلعة لزمته بما زاد فيها إن أراد صاحبها أن يمضيها له ما لم يسترد سلعته فيبيع بعدها أخرى أو يمسكها حتى ينقضي مجلس المناداة .. ثم نقل عن ابن حبيب ما يقتضي أن للبائع أن يلزم المشتري بعد الافتراق في بيع المزايدة، بخلاف بيع المساومة فإنه لا يلزمه بعد الافتراق، وذكر عن المازري أنه رد التفرقة المذكورة بأن ذلك كعرف جرى بينهم، ونص ابن حبيب إن فارق المشتري البائع في بيع المساومة دون إيجاب لم يلزمه بعد ذلك بخلاف بيع المزايدة يلزمه ما أعطى بعد الافتراق؛ لأن المشتري إنما فارقه في المزايدة على أنه استوجب البيع .. وقال ابن راشد في المذهب إذا وقع النداء وأعطي على السلعة فيها ثمنا لزمه والخيار للبائع، فإن زاد عليه غيره انتقل اللزوم للثاني، ولم يزد عليه أحد فللبائع أخذه بذلك ما لم تطل غيبته .." الحطاب المالكي، ج4، المرجع السابق، ص. 237.

[3]-وفي ذلك جاء من المذهب " .. وهو مخير في أن يمضيها لمن يشاء ممن أعطى فيها، وإن كان غيره قد زاد عليه، هذا الذي أحفظ في هذا من قول الشيخ أبي جعفر بن رزق، وهو صحيح في المعنى لأن من حق صاحب السلعة أن يقول لمن أراد أن يلزمه إياها إن أبى وقال: بعها ممن زادك أنا لا أحب معاملة الذي زادني وليس طلبي الزيادة، وإن وجدتها إبراء مني .." الحطاب المالكي، نفس المرجع، ونفس الصفحة.

بالنجش[1].

وكما هو الحال في القانون الفرنسي أعلاه يعرف الفقه المالكي بيع أموال المدين عن طريق القضاء جبريا بسبب عدم وفائه بديونه، ومثاله من المذهب بيع الحاكم أموال المفلس، إضافة إلى تعرض المذهب إلى بيع ما لا ينقسم كشراكة على عقار أو فرن أو حانوت، وكيف أن القاضي يستطيع إجبار الشركاء فيها على البيع[2].

II- عقود الاذعان:

الأصل في العقد أن يكون طرفاه على قدم سواء من الحرية في مناقشة فحوى العقد وتفاصيله، إلا أن ضرورة الحياة الاقتصادية قد تجعل أحد طرفي العقد ينفرد

1- راجع في بيع النجش من الفقه المالكي، ابن رشد القرطبي، ج3، المرجع السابق، ص. 184 وما يليها؛ المواق المالكي، ج6، ص. 250؛ الخرشي المالكي، ج5، المرجع السابق، ص. 82.

2- وفي ذلك جاء "(وقضي على شريك فيما لا ينقسم) كحمام وفرن وحانوت وبرج أبى أن يعمر مع شريكه (أن يعمر) معه (أو يبيع) منه جميع حصته ولو الأكثر من حصة الآخر لمن يعمر، وقيل بقدر ما يعمر به؛ لأن البيع الجبري إنما أبيح للضرورة ورجح الأول لتقليل الشركاء ... (قوله وقضى على شريك إلخ) شمل كلام المصنف ما إذا كان ذلك العقار الذي ينقسم بعضه ملك وبعضه وقف وأبى الموقوف عليه أو الناظر التعمير بعد أمر الحاكم له به فإنه يقضي عليه بالبيع على المعتمد خلافا لمن قال: إنه لا يباع ويعمره طالب العمارة .."، الدسوقي على الشرح الكبير، ج 3، ص. 365؛ وجاء في المذهب أيضا " قال ابن فرحون في آخر باب القسمة من الفصل التاسع من القسم الثالث: والأشياء التي لا تنقسم، أو في قسمها ضرر يجبر على البيع من أباه إذا طلب البيع أحدهما، وإنما جبر على البيع من أباه دفعا للضرر اللاحق للطالب؛ لأنه إذا باع نصيبه مفردا نقص ثمنه، وإذا قلنا يجبر من أبى البيع فإنه إذا وقف المبيع على ثمن وأراد طالب البيع أخذه بما وقف عليه لم يمكن من ذلك؛ لأن الناس قد يتحايلون بطلب البيع إلى إخراج الناس عن أملاكهم، وأما إن طلب الشراء من آبى البيع فله ذلك انتهى، وانظر هل يجري ذلك هنا فيمن امتنع من العمارة فيما لا ينقسم وقلنا إنه يجبر على بيع جميع ما يخصه أنه ليس لمن أراد العمارة أن يشتري نصيب شريكه للعلة المذكورة، أو يفرق في ذلك بين من يفهم منه إرادة ذلك وبين غيره، فتأمله .." الحطاب المالكي، ج5، المرجع السابق، ص. 146؛ وفي نفس المعنى راجع، مالك ابن أنس، المدونة، ج4، المرجع السابق، ص.286، 309، 313؛ المواق المالكي، ج7، ص. 105-114؛ الخرشي المالكي، ج6، المرجع السابق، ص. 55-59.

بوضع شروط مسبقة تعرض على الناس كافة بشكل مستمر، والسبب يعود لاحتكار هذا الأخير احتكارا قانونيا لسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات للمستهلكين أو المنتفعين. فيكون قبول الطرف الثاني مجرد اذعان لإيجاب الموجب.

ولقد درج الفقه الفرنسي على تسمية هذا النوع من العقود بعقود الانضمام (Contrat d'adhésion)، لأن من يقبل العقد وإن كان رضاه موجودا إلا أنه انضمام للعقد دون مناقشة ومفاوضة مع الموجب. كون هذه العقود تتعلق بخدمات مهمة ضرورة لحياة الناس كافة كالكهرباء والمياء والبريد والهاتف. وهو ما يجعل دائرتها متعلقة بسيطرة الموجب على السلعة المحتكرة بطريقة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق، فيعرض ايجابه للناس كافة بشكل يغلب عليه أن يكون مطبوعا. فما يكون للطرف الثاني إلا الاذعان والانضمام. على أن هذا الإكراه الذي يتصل بالطرف الثاني لا يعتد به في مجال عيوب الارادة مادام متصلا بالعوامل الاقتصادية المميزة لهذه العقود أكثر من اتصاله بعوامل نفسية[1].

ومن خلال البحث عن مدى وجود دائرة لهذا النوع من العقود في الفقه المالكي، يجب التنويه بداية إلى أن هذا الأخير شأنه شأن الفقه الاسلامي عامة لم يعرف هذا النوع من العقود وفق شكلها الحالي بسبب حداثتها وتعلقها بسلع وخدمات تطورت تطور النظم الاقتصادية المعاصرة واحتكار الشركات والمرافق العامة للسلع الضرورة [2]. والفقه الاسلامي عامة[1] ومنه المالكي[2] يكره الاحتكار بوجه

---

[1]–Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.136-141 ; COLIN Ambroise et CAPITANT Henri, op.cit., pp.10-11 ; LARROUMET Christian, op.cit., pp.243-252 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.114-126 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., p.213 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.114-127.

[2]– أنظر، نزيه كمال حماد، عقود الاذعان في الفقه الإسلامي مجلة العدل، ع 24، شوال 1452، ص.51-78.

عام إلا ما كان منه جائزا.

ويعرف الاحتكار في المذهب المالكي بأنه " الادخار للمبيع، وطلب الربح بتقلب الأسواق "[3]، وهو في الشريعة الاسلامية نوعان، جائز ومحظور، فأما الجائز فهو " امساك الشخص الطبيعي أو الحكمي بعض السلع أو المنافع والاستبداد بها، ليبيعها طلبا للربح العادل، نتيجة تقلب الأسواق من غير اضرار بالناس. وأما المحظور فهو حبسه ما يحتاج اليه الناس من السلع أو المنافع أو المرافق، أو استئثاره واستبداده به بحيث لا ينافسه فيها غيره والامتناع عن بيعها بغير الثمن الجائر الذي يفرضه. وإنما كان محظورا لما فيه من ظلم الناس والإضرار بهم "[4].

وقد يقوم ولي الأمر (الدولة) بتحديد سقف سعر على المحتكر احتكارا محظورا يحدد له فيها أسعار الحاجيات التي سيبيعها عينا كانت أو منفعة بإلزام أصحابها بيعها بالسعر الذي يحدده له. ذلك أن التسعير ظلم محرم أو عدل واجب، وفي ذلك قال ابن تيمية " فإذا كان الناس يبيعون سلعهم على الوجه المعروف من غير ظلم منهم وقد ارتفع السعر إما لقلة الشيء، وإما لكثرة الخلق، فهذا إلى الله. فإلزام الخلق أن يبيعوا بقيمة بعينها إكراه بغير حق.

وأما الثاني فمثل أن يمتنع أرباب السلع من بيعها مع ضرورة الناس إليها إلا بزيادة على القيمة المعروفة، فهنا يجب عليهم بيعها بقيمة المثل، ولا معنى للتسعير إلا إلزامهم بقيمة المثل، فيجب أن يلتزموا بما ألزمهم الله به. وأبلغ من هذا أن يكون الناس قد التزموا

---

[1]-أنظر، قحطان عبد الرحمان الدوري، الاحتكار وأثار ه في الفقه الاسلامي، كتاب ناشرون، الطبعة الرابعة، بيروت لبنان، 2011؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج3، الطبعة الثانية، ص. 583-588.

[2]- الصادق عبد الرحمن الغرياني، المعاملات في الفقه المالكي، المرجع السابق، ص. 280 وما يليها.

[3]- أنظر، القرطبي الباجي الأندلسي، المنتقى شرح الموطأ، ج5، مطبعة السعادة، مصر، ط 1، 1332، ص.15.

[4]- نزيه كمال حماد، المرجع السابق، ص. 66؛ وفي نفس المعنى راجع المدونة الكبرى، ج3، ص .313، 314.

أن لا يبيع الطعام أو غيره إلا أناس معروفون، لا تباع تلك السلع إلا لهم، ثم يبيعونها هم، فلوا باع غيرهم ذلك منع، إما ظلما لوظيفة تؤخذ من البائع، أو غير ظلم، لما في ذلك من الفساد، فهنا يجب التسعير عليهم بحيث لا يبيعون إلا بقيمة المثل، ولا يشترون أموال الناس إلا بقيمة المثل بلا تردد في ذلك عند أحد من العلماء؛ لأنه إذا كان قد منع غيرهم أن يبيع ذلك النوع أو يشتريه، فلو سوغ لهم أن يبيعوا بما اختاروا أو اشتروا بما اختاروا كان ذلك ظلما للخلق من وجهين: ظلمًا للبائعين الذين يريدون بيع تلك الأموال، وظلما للمشترين منهم، والواجب إذا لم يمكن دفع جميع الظلم أن يدفع الممكن منه، فالتسعير في مثل هذا واجب بلا نزاع، وحقيقته: إلزامهم ألا يبيعوا أو لا يشتروا إلا بثمن المثل"[1].

وكما هو الحال بالنسبة للسلع هو للمَنَافِع، حيث قال فيها " وما احتاج إلى بيعه وشرائه عموم الناس فإنه يجب ألا يباع إلا بثمن المثل، إذا كانت الحاجة إلى بيعه وشرائه عامة. ومن ذلك أن يحتاج الناس إلى صناعة ناس، مثل حاجة الناس إلى الفلاحة والنساجة والبناية .." [2].

هذا ورغم اتفاق الفقه الإسلامي على كراهة الاحتكار بكل صوره[3] وضرورة تدخل ولي الأمر (الدولة) لتسعير سقفه وفق ما سبق، يعتبر بيع المضطر من الحالات التي تتحقق فيها خصائص عقد الإذعان المعروف في القانون الفرنسي، وهو " بيع ما

---

[1]- أنظر، تقي الدين ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي، الحسبة في الإسلام، أو وظيفة الحكومة الإسلامية، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ص. 22، 23؛ وكذلك الحال بالنسبة للمذهب المالكي في اجازة تسعير الامام للحاجيات دفعا للضرر الذي قد يصيب الناس، راجع، القرطبي الباجي الأندلسي، المنتقى شرح الموطأ، ج5، المرجع السابق، ص. 17-19.

[2]- ابن تيمية، نفس المرجع، ص. 24.

[3]- من أبرز صور الاحتكار في الفقه الاسلامي بيع متلقي الركبان وبيع حاضر لبادي، راجع فيها وفي اعتبارها من أهم صور الاحتكار، قحطان عبد الرحمان الدوري، ص. 120 وما يليها.

اضطر الناس إلى ما عنده بأكثر من القيمة المعروفة بكثير (أي بغبن فاحش) لعدم وجود حاجتهم عند غيره "[1]، وحكمه الفقهي هو الجواز متى تم بالعدل (أي بغبن يسير) لتوفر ركنه ممثلا في الإيجاب والقبول. "ومجرد الاضرار ليس من أسباب فساد العقود وبطلانها أو عدم لزومها كون المضطر مختار راض بما أقدم عليه، وان كان رضاه ليس كرضاء الشخص غير المضطر" [2] .

ليتضح من كل ما سبق أن الفقه المالكي لا يوافق القانون المدني الفرنسي في فكرة الاذعان. خاصة أنها فكرة حديثة فرضتها التطورات والحاجات العملية الاقتصادية في هذا المجال. فضلا عن كون الفقه الاسلامي عامة يحارب الاحتكار المحظور، وفيه يقوم ولي الأمر بتسعير سقف سلع الحاجيات بحيث لا يستطيع محتكرها بيعها بأكثر من ذلك السقف. وإن كان بالإمكان أن نقول باستثناء يشبه عقد الاذعان في الفقه الإسلامي والمالكي منه، فهو في بيع المضظر بما لا يلحقه منه غبن فاحش.

الفرع الثالث
التعاقد بين غائبين

تقدم سابقا حين التقديم لتطابق الإرادتين الإشارة إلى أن الإيجاب والقبول لابد أن يقترن أحدهما بالآخر[3]، وعندها يتعلق الحال بالتعاقد بين حاضرين يجمعهما مجلس عقد واحد. أما إذا لم يجمع المتعاقدين مجلس واحد بحيث يكون هناك فترة زمنية بين صدور القبول وعلم الموجب به، وهو ما نظمه الفقه الفرنسي تحت مسمى التعاقد بين

[1]- نزيه كمال حماد، المرجع السابق، ص. 63، 64.

[2]- نزيه كمال حماد، نفس المرجع، ص. 64، 65؛ ومن المذهب المالكي راجع في هذا المعنى، الحطاب المالكي، ج4، المرجع السابق، ص. 248.

[3]- أنظر الصفحة 101 من هذه الدراسة.

غائبين[1]. وأبرز أمثله التعاقد عن طريق المراسلة والبريد، إذ أن العبرة في هذا الاخير تكمن في وجود فاصل بين صدور التعبير وعلم الطرف الثاني به، ذلك أن التعاقد عن طريق التلفون أو أي وسيلة مستحدثة مماثلة هي من قبيل التعاقد بين حاضرين حكما زمانا وإن كانا غائبين مكانا [2].

وبالبحث عن زمان انعقاد العقد ومكانه لا يثور كثيرا في التعاقد بين حاضرين مقارنة بالتعاقد بين غائبين، ذلك أن زمان التعاقد بين حاضرين ومكانه هو نفس زمان ومكان مجلس العقد الذي يجمعهما. أما زمان ومكان التعاقد بين غائيين فهو ما ثار الخلاف بخصوصه في الفقه الفرنسي من خلال أربعة نظريات تعود في حقيقة الأمر إلى فكرتين أساسيتين هما إعلان القبول أو العلم به[3]. ولكل منهما فرع نستعرضه وفق التالي:

أولا: نظرية إعلان القبول[4]:

ومفادها أن العقد يتم في الوقت وفي المكان الذين يعلن فيه القابل قبوله للإيجاب. ومبنى ذلك يرجع للقواعد العامة المتعلقة بتوافق الارادتين. وكيف أن العقد

---

[1] – Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.182-196 ; JOSSERAND Louis, op.cit., pp.33-35 ; MAZEAUD H. L. J et CHABAS F, op.cit., pp.138-143 ; LARROUMET Christian, op.cit., pp.254-260 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., pp.246-248 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.104-112.

[2] – Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p.184 ; MAZEAUD H. L. J et CHABAS F, op.cit., p.138 ; LARROUMET Christian, op.cit., pp.254-255.

[3] – Cf. LARROUMET Christian, op.cit., pp.257-258.

[4] – Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.186-187 ; MAZEAUD H. L. J et CHABAS F, op.cit., p.138 ; LARROUMET Christian, op.cit., p.257 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p.106.

يتم في اللحظة التي يتطابق فيها القبول بالإيجاب، والمشرع لم يشترط إلا توافق الارادتين، وهو ما يتحقق من خلال الإعلان عن الارادة في بعض نصوصه (كالمواد 1121، 1984، 1985 ق م ف). إلا أن ما يعاب على النظرية هو صعوبة الاثبات فيها، فقد يعدل الموجب عن إيجابه بعد إرساله من خلال إرسال جديد يبعثه للطرف الثاني قبل أن يصله إرساله المتضمن للقبول، وفي ذلك تناقض مع منطق التطابق الفعلي بين الإيجاب والقبول.

ثانيا: نظرية تصدير القبول[1]:

وهذه النظرية مبنية على نفس منطق النظرية الأولى إلا بخصوص ما تزيده من اشتراط أن يكون إعلان القبول نهائيا لا رجعة فيه. ويتحقق ذلك بوجود قرائن تدل على عدم استطاعة الرجوع عنه، ومثاله أن يلقي برسالته المتضمنة للقبول في صندوق البريد. إلا أن هذا الشرط لا يضيف للنظرية الأولى قيمة قانونية حقيقية، ذلك أن الانتقاد السابق يبقى معتبرا، فضلا عن كون الرجوع عن القبول ممكن التصور كما لو أرسل صاحبه رسالة عاجلة تتضمن رجوعه عن قبوله تصل قبل الرسالة الأولى المتضمنة للقبول.

ثالثا: نظرية استلام القبول[2]:

وفحواها أن العقد يتم في الزمان وفي المكان الذي يستلم فيه الموجب قبول الطرف الآخر، إذ في استلامه قرينة على علمه به. إلا أن عيب هذه النظرية يتمثل في

---

[1] –Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p.187 ; LARROUMET Christian, op.cit., p.257 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p.106.

[2] –Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p.187 ; LARROUMET Christian, op.cit., p.257 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p.107.

جزمها بعلم الموجب للقبول بمجرد استلامه له، فقد تضيع الرسالة المستلمة مثلا أو لا يطلع عليها الموجب لسبب من الأسباب وهو ما يؤدي إلى عدم وجود تطابق حقيقي بين الإيجاب والقبول.

رابعا: نظرية العلم القبول[1]:

ومفادها أن العقد يتم في الوقت الذي يعلم فيه الموجب بالقبول، وفي هذا احترام للمنطق القانوني الذي يقضي بضرورة علم الطرفين بالتعبير الموجه إليهما لينتج أثره القانوني، وهو ما يحقق استقرار المعاملات. وأن وصول القبول هو قرينة على العلم به. إلا أن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس من خلال دعوى يثبت فيها الموجب أنه لم يعلم بالقبول رغم وصوله إليه.

هذا ولأن القانون المدني الفرنسي لم ينص في مواده صراحة على موقف واضح بخصوص هذه النظريات، نجد أن موقفه برز أكثر من خلال موقف القضاء الفرنسي، حيث انقسم بين نظريتي اعلان القبول والعلم بالقبول[2]. إلا أن محكمة النقض الفرنسية فصلت في الأمر من خلال قرارين شهيرين[3] اعتبرت فيهما مسألة تحديد وقت العقد في التعاقد بين غائبين مسألة موضوعية للقاضي يرجع فيها إلى نية المتعاقدين دون رقابة لمحكمة النقض عليه.

---

[1]- Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p,187 ; LARROUMET Christian, op.cit., p.258 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.106-107.

[2]- Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p,187 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.107-111.

[3]- Cass. Req., 21 mars 1932 ; Cass. Com., 7 janvier 1981, cités par CAPITANT Henri, Les grands arrêts de la jurisprudence civile : Tome 2, Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés Broché, 12e édition, 2008, pp.13-18.

وقبل البحث عما يقابل ما سبق في الفقه المالكي، جدير بالإشارة إلى ما سبق بخصوص تعرض فقهاء المذهب للتعاقد عن طريق الكتابة، وهذا الطريق كما قد يكون بين حاضرين يجمعهما مجلس واحد يقرن ايجاب أحدهما فيه بقبول الآخر، قد يكون التعاقد كتابة بالمراسلة بين عاقدين لا يجمعهما نفس المجلس[1]. ولذلك اعتبر المذهب المالكي شأنه شأن الفقه الاسلامي عامة[2]، الكتاب كالخطاب في صيغة العقد .

ولأن التعاقد بين غائبين يفترض عدم اتحاد مجلس العقد للمتعاقدين، يثير هذا العقد مسألة زمان ومكان انعقاد العقد كما كان حاله في الفقه الفرنسي، ذلك أن هذا النوع من التعاقد يتوفر على مجلسين متتاليين. يصدر في الأول الإيجاب من إحداهما. أما المجلس الثاني فهو محل بلوغ الإيجاب للمتعاقد الآخر (أي بلوغ الرسالة). ولهذا نجد الفقه الاسلامي عامة ومنه المالكي درس هذا الأمر من خلال مسألتين هما إعلان القبول والعلم به، نذكر منه ما جاء في المذهب المالكي ممثلا في التالي: " .. وأما لو عرض رجل سلعته للبيع وقال: من أتاني بعشرة فهي له فأتاه رجل بذلك إن سمع كلامه أو بلغه فالبيع لازم وليس للبائع منعه، وإن لم يسمعه ولا بلغه فلا شيء له ..."[3]. ففي عبارة " إن سمع كلامه أو بلغه " ما يدل على سماع المتعاقد الثاني للإيجاب بعد إعلان هذا الأخير له، أو " بلغه "وفق ما يقابل نظرية العلم به.

وفي ذات السياق، نقتبس من الفقه الاسلامي عامة ما جاء في تحديد وقت تمام العقد بالمراسلة بين غائبين بعد تعرض صاحبه لآراء جمهور الفقهاء ثم قوله: ".. ومن

---

[1]- تقدمت الإشارة في الصفحة 40 من هذه الدراسة للتعاقد عن طريق الكتابة في صيغة العقد ومنها ما جاء في الشرح الصغير للدردير" والثالث: صيغة أو ما يقوم مقامها مما يدل على الرضا، وا ٍليه أشار بقوله: (وما دل على الرضا) : من قول أو إشارة أو كتابة من الجانبين أو أحدهما .." الصاو ي المالكي، المرجع السابق، ج3، ص.15،14؛ وفي نفس المعنى راجع، الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، المرجع السابق، ص. 2-5.

[2]- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج4، الطبعة الثانية، ص. 103.

[3]- الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، المرجع السابق، ص. 4.

هذا يتضح أن الفقه الإسلامي سبق جميع القوانين بأكثر من ألف عام في تحديد وقت تمام العقد بين غائبين، والواقع أن ما ذكره الفقه الإسلامي في هذا الشأن هو أساس جميع النظريات المتعددة التي ظهرت في القوانين الوضعية في أوروبا فيما يتعلق بتحديد وقت تمام العقد بالمراسلة بين غائبين. فالفقه الإسلامي جاء بالفكرتين الرئيستين لهذه المسألة وهما فكرة إعلان القبول وفكرة العلم بالقبول، وقد لاحظ شراح القانون هذه الرئاسة لهاتين الفكرتين.. وذلك لأن إعلان القبول يتفرع عنه تصديره والعلم بالقبول يتفرع عنه وصوله قبل العلم به. ومما يجب أن يلاحظ هنا أنه حينما قال الفقه الإسلامي بإعلان القبول والعلم بالقبول منذ أكثر من أربعة عشر قرنا لم يكن القانون الروماني (وهو أرقى قانون وضعي في ذلك الوقت) يعرف شيئا عن هذه الأمور، بل إن فكرة العقد نفسها كانت مضطربة للغاية عند علماء القانون في ذلك الوقت.. ومن هذا يتضح لنا أن القوانين في أوروبا لا بد أن تكون قد استفادت من الفقه الإسلامي في تحديد وقت تمام العقد لأن القانون الروماني وهو المصدر الأصلي للقوانين الأوروبية فقير ومعدم من هذه الناحية. وقد سبق أن بينت مدى اتصال أوروبا بالفقه المالكي ثم الشافعي غربا عن طريق الأندلس وبالفقه الحنفي ثم الشافعي شرقا عن طريق تركيا "[1].

ليتضح بذلك اتفاق القانون المدني الفرنسي والفقه المالكي في مسألة زمان التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مجلس حقيقي واحد، وكيف أن كلا منهما بحث هذا النوع من التعاقد من خلال فكرتين أساسيتين هما إعلان القبول أو العلم به. مع تعلق هذا الاتفاق بأغلب الأحكام المنضوية تحت نطاق وجود التراضي، مما يثير التساؤل حول امتداد هذا التوافق لعناصر الركنين المتبقيين ممثلين في المحل والسبب وفق المبحث الثاني.

[1]– عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 173،174.

المبحث الثاني
المحل والسبب

ونبحث فيه عن مدى تأثر المشرع الفرنسي بالفقه المالكي حين تنظيمه لركن المحل (المطلب الأول)، ثم ركن السبب (المطلب الثاني).

المطلب الأول
المحل

محل الالتزام هو الشيء الذي يلتزم المدين القيام به من خلال الالتزام بإعطاء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وهو ما يعني أن المحل ركن في الالتزام لا في العقد. إلا أن أهميته تظهر أكثر في الالتزام التعاقدي لما للمتعاقدين من صلاحية في تعيينه[1]، وهو ما جعل القانون المدني يتدخل ويشترط في محل العقد شروط تناولها المشرع الفرنسي في المواد 1126 إلى 1130.

وبالرجوع إلى هذه المواد، نجد المشرع بدأها في المادة 1126 ق م ف بالتأكيد على ضرورة أن يكون لكل عقد محل، وهو شيء يلتزم المتعاقد بإعطائه، أو يلتزم بعمله أو الامتناع عن عمله[2]. لينص في المادة 1127 منه بعد ذلك على التوسيع من مفهوم المحل بقولها أن مجرد الانتفاع بالشيء أو حيازته قد يكون كالشيء ذاته، محلا للعقد[3].

[1] – Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p. 267 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., p.301.

[2] – Article 1126 : « Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire ».

[3] – Article 1127 : « Le simple usage ou la simple possession d'une chose peut être,

أما المواد 1128 ق م ف إلى 1130، فضمنها المشرع الفرنسي شروط المحل بالنص في المادة 1128 على أن الأشياء المتعلقة بالاتجار وحدها هي التي تكون محلا للعقد[1]. لتنص المادة 1129 على ضرورة أن يكون محل الالتزام معينا بالنسبة لجنسه على الأقل، أما مقدار الشيء فيمكن ألا يكون محددا، شريطة أن يكون قابلا للتحديد[2]. ثم نصت المادة 1130 الأخيرة على إمكان تعلق محل الالتزام بالأشياء المستقبلة، على ألا يشمل هذا التعلق التنازل عن تركة مستقبلية أو التعاقد بشأن هذه التركة، ولو تم رضاء المورث[3].

ومن خلال هذه المواد، نظم شراح القانون المدني الفرنسي ركن محل الالتزام التعاقدي[4]، واشترطوا فيه شروطا ثلاثة ممثلة في: موجودا أو قابلا للوجود، معينا أو قابلا للتعين، قابلا للتعامل فيه وفق ما يعرف بمشروعية المحل.

comme la chose même, l'objet du contrat ».

[1] – Article 1128 : « Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions ».

[2] – Article 1129 : « Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce.
La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée ».

[3] – Article 1130 : « Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation.
On ne peut cependant renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit, que dans les conditions prévues par la loi ».

[4] – Cf. COLIN Ambroise et CAPITANT Henri, op.cit., pp.45-53 ; JOSSERAND Louis, op.cit., pp.63-72 ; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.267-316 ; MAZEAUD H. L. J et CHABAS F, op.cit., pp.252-257 ; LARROUMET Christian, op.cit., pp.343-369 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., pp.302-306 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.164-177.

وبالبحث في نصوص الفقه المالكي عما يقابل هذه المواد، نجد أن فقهاءه تحدثوا عن المحل حين الحديث عن ركن المعقود عليه (أو الثمن والمثمن) في العقد[1]، وكيف أنه قد يكون ذاتيا أو منفعة أو أمرا متبرعا به، أو فعلا كما في شركة العمل، أو عدم فعل كما في عقد المداهنة، وهو نفس المعنى الذي نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 1126 أعلاه.

أما مدى موافقة بقية النصوص المنظمة للمحل في القانون المدني الفرنسي لأحكام الفقه المالكي، فسنحاول التعرض إليه من خلال ما تضمنته من شروط واجب توفرها في المحل (أو ما سماه الفقه المالكي بالمعقود عليه أو الثمن والمثمن) بداية بوجوده، لننتقل بعد ذلك لتعيينه، ثم الختام بقابليته للتعامل فيه.

الشرط الأول: وجود المحل أو قابليته للوجود:

ذلك أن المشرع الفرنسي انطلق من ضرورة وجود المحل في العقد وفق تعدد أشكال وجوده المبينة في المادة 1126 أعلاه. مع الإشارة في نطاق هذه المادة إلى أن وجود المحل لا يتعلق بالشيء المادي فقط، حيث يمكن أن يكون محل العقد معنويا، ومثاله أن يكون حقا من حقوق الملكية الفكرية[2].

وإذا وجد المحل ولكنه هلك قبل نشوء الالتزام كبيع منزل اتضح أنه احترق قبل البيع، فإن العقد لا يقوم لعدم وجود محله، وهو ما يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا

---

[1] – ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج3، المرجع السابق، ص. 189؛ بن يوسف العبدري الغرناطي، المرجع السابق، ج6، ص. 57؛ الحطاب المالكي، المرجع السابق، ج 4، ص. 228؛ الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج3، ص. 10؛ الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، المرجع السابق، ج3، ص. 227 وما يليها.

[2] - Cf. COLIN Ambroise et CAPITANT Henri, op.cit., pp.47-48.

مطلقا وفق ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 1601 ق م ف[1]. أما امكانية وجود المحل، فهو ما كان من شأنه الوجود في المستقبل وفقا لما نصت عليه المادة 1130 ق م ف أعلاه، حيث يفرق الفقه الفرنسي[2] هنا بين الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية، إذ يكفي أن يكون محل العقد ممكن الوجود بعدم استحالة وجوده استحالة مطلقة.

وفي مقابل ذلك، يقود الحديث عن وجود المحل أو قابليته للوجود لشرط القدرة على تسليم المعقود عليه في الفقه المالكي[3] فلا يجوز بيع طير في الهواء ولا الحيوان في الفلاة ولا السمك في الماء، وهو ما يقابل الاستحالة المطلقة عند شراح القانون المدني الفرنسي[4]، مع استثناء ما كان مقدورا على تسليمه بمشقة فلا مانع من بيعه كبيع المغصوب المقدور على تسليمه للمشتري كما لو عزم الغاصب على رد المغصوب إلى صاحبه أو كان الغاصب مقرا بالغصب ويقدر على انتزاعه بالقضاء[5]، وهو ما يمكن أن يقابل الاستحالة النسبية عند شراح القانون المدني الفرنسي.

وإضافة إلى ما سبق، نجد فقهاء المالكية يجيزون بيع الشيء الموجود في أصله وقت التعاقد ثم يتكامل وجوده بعده. وهو ما يعرف ببيع الثمر والزرع بعد الطلوع وقبل بدو الصلاح وفقا لشروط أقره فقهاء المذهب [6].

---

[1] – Article 1601 al .2 : « Si au moment de la vente la chose vendue était périe en totalité, la vente serait nulle ».

[2] - Cf. COLIN Ambroise et CAPITANT Henri, op.cit., pp.48-49 ; JOSSERAND Louis, op.cit., pp.67-68 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.166-167.

[3] – بن يوسف العبدري الغرناطي، المرجع السابق، ج6، ص. 71؛ صاوي المالكي، ج3، المرجع السابق، ص.22.

[4] – جاك غوستان، المرجع السابق، ص. 747؛

Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p.267.

[5] – الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، المرجع السابق، ج3، ص. 239.

[6] – ومما جاء في ذلك: " .وإنما يجوز بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها على شرط القطع إن كانت مما ينتفع

أما المعقود عليه الممكن الوجود، فقال به فقهاء المالكية حين خروجهم عن قاعدة عدم جواز بيع المعدوم، وهو ما يشابه بيع غير الموجود وقت التعاقد ولكنه محقق الوجود في المستقبل، وذلك من خلال استثناءين هما بيع السلم[1] وبيع الاستصناع[2].

الشرط الثاني: تعيين المحل أو قابليته للتعيين:

حيث نص المشرع الفرنسي في المادة 1129 أعلاه على ضرورة تعيين المحل أو قابليته للتعيين، ويكون كذلك حينما يُعَين بنوعه أو مقداره، أما إذا تعين بنوعه فقط فيجب تعيين مقداره بالتقريب، مع تعلق معيار الجودة في حالة الاختلاف بالمتوسط الغالب، إذ العبرة هنا في ضرورة تعلق العقد بمحل معين أو قابل للتعين[3].

به كالقصيل وغيره فإن شرط فيه التبقية لم يجز البيع وا ٍن سكت عن التبقية والقطع فقولان فإن اشتراها قبل بدو الصلاح على شرط القطع ثم أبقاها انفسخ البيع وا ٍن اشترى الأرض بعد ذلك جاز تبقية الزرع..." ابن جزي، القوانين الفقهية، ج1، المرجع السابق، ص. 173؛ وفي تفصيل ذلك راجع، بن عاصم النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، ج 2، ص. 683؛ ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج3، ص. 168، 169.

[1] – " السلم ويسمى أيضا السلف، وهو بيع يتقدم فيه دفع الثمن ويتأخر فيه تسليم سلعة موصوفة في الذمة غير معينة إلى أجل معلوم، ولو لم تكن السلعة موجودة وقت العقد مادام يمكن وجودها عند موعد التسليم، والسلم بيع من البيع الجائزة بالاتفاق، ينعقد بما ينعقد بيه البيع، و هو رخصة على خلاف الأصل مستثنى من بيع الانسان ما ليس عنده لأنه تدعوا إليه حاجة الناس "، الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، المرجع السابق، ج3، ص. 325.

[2] – الاستصناع طلب الصنعة، وهو ان تقول للصانع اصنع لي ثوبا، بحيث تكون المادة المصنوع منها الثوب من عند الصانع وا ٍلا كان إجارة ويعرف على أنه عقد صنع في الذمة مشروط فيه العمل، وهو جائز على خلاف الأصل مستثنى من بيع الانسان ما ليس عنده، وذلك لحاجة الناس اليه استحسانا ورفقا، راجع في ذلك، الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، المرجع السابق، ج3، ص. 339.

[3] -Cf. COLIN Ambroise et CAPITANT Henri, op.cit., p.48 : JOSSERAND Louis, op.cit., pp.66-67 ; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.268-269 ; Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK, op.cit., p.303.

وفي مقابل هذا الشرط، ذهب الفقه المالكي حين تبيانه للمقصود بتعيين المعقود عليه (المحل)، ضرورة العلم به علما مانعا للجهالة، فلا يصح بيع مجهول الذات ولا القدر ولا الصفة [1].

ويحصل العلم برؤية الشيء الحاضر في مجلس العقد ما لم يكن في رؤيته مشقة فيباع على الصفة.[2] ويتعين الشيء بالوصف من خلال بيان جنسه ونوعه ومقداره. إلا أن البيع على الوصف[3] في مذهب مالك لا يكون فيه خيار الرؤية، فإما أن يباع الشيء على الوصف ولا يثبت فيه خيار الرؤية، وإما أن يباع بشرط الرؤية فلا يكون في حاجة إلى وصف.

هذا ولا يشترط المذهب المالكي تعيين المحل دائما بل يكفي أن يكون قابلا للتعيين، ومثاله بيع الجزاف[4] الذي يشق فيه العد. وهذا كله يتفق مع القانون الفرنسي في اشتراطه ضرورة تعيين المحل أو قابليته للتعيين .

---

[1] – الصاوي المالكي، ج3، المرجع السابق، ص. 22؛ ابن جزي، المرجع السابق، ص. 163،164.

[2] – " .. لأن المبيع لا يباع إلا برؤية أو صفة والصفة لا يباع عليها الشيء الحاضر على الأشهر إلا إذا كان في رؤيته مشقة فيباع على الصفة على الأشهر والجزاف لا يكون إلا حاضرا فلا يصح بيعه إلا برؤية إلا أن يكون في الرؤية مشقة فيباع على الصفة .."، الحطاب المالكي، المرجع السابق، ج 4، ص. 285،286.

[3] - يعرف في المذهب المالكي بالبيع على الوصف كما يعرف ببيع الغائب، هو عقد على عين معينة موجودة معروفة للبائع، إلا أن المشتري لا يقدم الثمن إلا بالخيار بعد رؤيةالسلعة فإن وافقت الوصف لزمه البيع وإلا فسخ البيع، راجع فيه، محمد بن أحمد بن محمد عليش، المرجع السابق، ج4، ص. 487،488؛ الحطاب المالكي، المرجع السابق، ج 4، ص. 296؛ بن عاصم النمري القرطبي، المرجع السابق، ج2، ص. 678؛ ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج3، ص. 174؛ بن يوسف العبدري الغرناطي، المرجع السابق، ج6، ص. 118،119.

[4] – وهو " بيع الشيء بلا كيل ولا وزن ولا عدد بل بالتقدير والحرز، كالحب مكوما على الأرض أو في أكياس ... والأصل فيه الجزاف المنع، لأن فيه جهلا بمقدار المبيع في كيله أو وزنه، واستبدال ذلك بالتخمين و التقدير، وهو غرر، لكن رخص فيه الشرع تيسيرا على الناس حيث يشق عليهم التقدير بالكيل او الوزن في كثير من الأحيان "، الصادق عبد الرحمان الغرياني، المرجع السابق، ج3، ص. 302؛ الحطاب المالكي، المرجع السابق، ج 4، ص. 286 وما يليها.

الشرط الثالث: صلاحيته للتعامل فيه (مشروعية المعقود عليه) :

نص المشرع الفرنسي في المادة 1128 ق م المبينة أعلاه على ضرورة قابلية المحل للتعامل فيه تجاريا ليكون مشروعا، وبصرف النظر عن الجدل[1] الذي أثارته عبارة المادة بربط تعلق المحل الصالح بالتعامل بوجوده في عالم التجارة[2]، يمكن القول أن الشرط يتعلق بضرورة مشروعية المحل حينما يتعلق بشيء لا يحظر القانون التعامل فيه مثل بطلان التعامل في تركة مستقبلية[3] وفق نص المادة 1130 أعلاه. إلا أن عدم قابلية المحل للتعامل أبرز فكرة أكثر جدلية تتعلق بتعليق مشروعيته بعدم مخالفته للنظام العام والآداب العام[4]، خاصة أن الاجتهاد القضائي[5] كثيرا ما كان يتدخل للحكم على مدى مخالفة المحل للنظام العام والآداب العامة من عدمه.

أما ما يقابل صلاحية المحل للتعامل فيه في الفقه المالكي، فيلاحظ بخصوصه أن هذا الأخير هو الآخر ينطلق في هذا الشرط من ضرورة صلاحية المعقود عليه للتعامل فيه، ولا يكون كذلك إذا تنافى هذا التعامل مع الغرض الذي خصص له. ذلك أن البيع لا ينعقد في المذهب المالكي إلا إذا كان طاهرا، منتفعا به، مما يجوز تملكه [6].

[1] - Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.275-276.

[2] - ويتضح ذلك بقولها:

« Il n'y a que les choses qui sont **dans le commerce** qui puissent être l'objet des conventions »

[3] - Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.308-315.

[4] - Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.287-316 ; Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK, op.cit., pp.324-328.

[5]- أشهر اجتهاد قضائي في هذا المجال صدر منذ سنة 1929، حيث صار من المقبول بعده أن يكون للقاضي دور ا في تحديد النظام العام والآداب العامة، ولتفصيل هذا القرار راجع،

CAPITANT Henri, Les grands arrêts de la jurisprudence civile ,Tome 1, op.cit., pp.109-113.

[6]- الحطاب المالكي، المرجع السابق، ج 4، ص. 263.

حيث يكون طاهرا حينما لا يتعلق ببيع نجس كالميتة أو الخمر أو الخنزير[1]، أو متجنسا كالزيت المختلط بنجاسة [2]. ولو أجيز لأهل الذمة بيع بعضها مثلما هو الحال في بيعهم للخمر والخنزير [3].

ثم أن يكون منتفعا حينما يكون الانتفاع به انتفاعا شرعيا كالانتفاع بالطعام، فلا يجوز بيع ما لا ينتفع به كبيع حيوان مريض مشرف على الهلاك، ولا طعام فاسد، ولا كتب سحر أو شعوذة أو إلحاد[4].

ويكون أخيرا مما يجوز تملكه فلا يجوز بيع الشيء المملوك للغير أو ما فيه خصومة[5]، ومثاله أيضا ما تقدم ذكره من الفقه المالكي في غير المقدور على تسليمه حين التعرض لوجود المحل أو قابليته للوجود أعلاه.

هذا وبالإضافة إلى ما سبق، يشترط الفقه الاسلامي عامة – ومنه المالكي – احترام ما يعرف بحق الله أو حق الشرع في العقود وغيرها، وهو مما يقابل فكرة النظام العام في الفقه الفرنسي والغربي عامة. ويعرف في عموم الفقه الاسلامي بما لا يجوز العفو فيه أو الابراء أو الصلح أو الاتفاق على مخالفته[6]، وأبرز أمثلته فكرة تحريم المعاملات الربوية [7] التي تندرج في موضوع عدم صلاحية المعقود عليه للتعامل فيها

1- قال تعالى :﴿ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَ الدَّمَ وَ لَحْمَ الْخِنزِ يرِ وَ مَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنِ اضْطُّر غَيْرَ بَاغٍ وَلا عَاد فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَ حِيمٌ ﴾. سورة النحل، الآية 115.

2- الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، المرجع السابق، ج3، ص. 227.

3- بن عاصم النمري القرطبي، المرجع السابق، ج1، ص. 481.

4- الحطاب المالكي، المرجع السابق، ص. 264،265؛ الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، المرجع السابق، ج3، ص. 230 ،213.

5- الحطاب المالكي، نفس المرجع، ص. 265.

6- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي المرجع السابق، ج3، ص.100 ،99.

7- راجع في المعاملات الربوية، محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.94-54.

لمخالفته لحق الله، وهو أبرز مثال مقابل لفكرة النظام العام في الفقه الفرنسي أعلاه .

وبناء عليه، يتضح موافقة القانون المدني الفرنسي للفقه المالكي في تنظيم ركن المحل أو المعقود عليه، وتحقق هذا التماثل في الشروط المعتبرة تحت هذا الركن بداية بوجوده أو قابلتيه للوجود، مرورا بتعيينيه أو قابليته للتعين، وصولا إلى صلاحيته للتعامل فيه، وهو ما يحتم التساؤل عن وجود هكذا تشابه في الأحكام التفصيلية للركن الثالث في العقد ممثلا في السبب.

المطلب الثاني
السبب

تعتبر نظرية السبب[1] من أكثر النظريات التي ثار الخلاف بخصوصها في الفقه الفرنسي، إذ يعود أصل هذا الخلاف إلى القانون الروماني الذي تميز بتقديسه للشكلية دونما بحث في السبب الباعث الذي دفع المتعاقد إلى التعاقد. ليعرف القانون الكنسي بعد ذلك السبب انطلاقا من صبغته الدينية التي ترفض السبب غير المشروع كمظهر من مظاهر الغش المخالفة للأخلاق الدينية[2]. ثم نشأت بذلك النظرية التقليدية في السبب بمناسبة تدرج القانون الفرنسي القديم في السبب وفق فكرة الفقيه دوما. وهو ما أنتج ثلاثة أنواع في السبب هي السبب الانشائي (وهو مصدر الالتزام)،

---

[1] -راجع فيها:
COLIN Ambroise et CAPITANT Henri, op.cit., pp.53-64 ; JOSSERAND Louis, op.cit., pp.72-87 ; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p 316-356 ; MAZEAUD H. L. J et CHABAS F, op.cit., pp.263-277 ; LARROUMET Christian, op.cit., pp.415-423,455-457 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., pp.307-321 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.178-194.

[2]- عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج1، المرجع السابق، ص. 537-543، وفي ذات السياق راجع،
PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.316-320.

والسبب القصدي (الغرض المباشر)، والسبب العرضي (وهو السبب الدافع). حيث استبعدت هذه النظرية كل من السبب الانشائي والسبب العرضي، وقصرت السبب في النوع الثاني ممثلا في السبب القصدي باعتباره الغرض المباشر الذي يدفع المدين إلى الالتزام، مما استبعد البواعث من هذه النظرية لكونها أسباب غير مباشرة[1].

أما النظرية الحديثة[2] فظهرت بعد الانتقادات التي وجهت للأولى معتبرة السبب هو الغرض غير المباشر أو ما عرف بالباعث الدافع إلى التعاقد. وهو ما جعلها تذهب أبعد من الأولى حينما أخذت بالبواعث وجعلت من مخالفتها للنظام العام والآداب العامة سببا لبطلان العقد. مع الإشارة في هذا المجال للدور البارز للفقيه الفرنسي كابيتان[3] إذ أنه في الوقت الذي دافع فيه عن نظرية السبب عدلها بما أسس للسبب في النظرية الحديثة.

وبعيدا عن هذا الخلاف وتطور نظرية السبب من السبب القصدي إلى الباعث على التعاقد، نظم القانون المدني الفرنسي الركن تحت عنوان السبب في مواد ثلاثة بداية من المادة 1131 إلى المادة المادة 1133، إذ بدأها في المادة 1131 بالنص على ضرورة توفر السبب في الالتزام لينتج أثره، مع استبعاده كذلك للالتزام المبني على سبب كاذب، أو على سبب غير مشروع. لينص بعدها في المادة 1132 منه على أن

---

[1]- عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج1، المرجع السابق، ص. 543-584؛ درماش بن عزوز، المرجع السابق، 175-186، وفي ذات السياق من النظرية التقليدية للسبب راجع،

Ambroise COLIN et Henri CAPITANT, op.cit., pp.62-64 ; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.320-321 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.179-185 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., pp.310-312.

[2] - Cf. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.185-190 ; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p 321-325.

[3] - Cf. CAPITANT Henri, De la cause des obligations, 3e édition، Librairie Dalloz, Paris, 1927.

الاتفاق يكون صحيحا حتى لو لم يذكر سببه. أما المادة 1133 فتعرض فيها للحالات التي يكون فيها السبب غير مشروع ممثلة في حظر القانون له، أو مخالفته النظام العام والآداب العامة.

ومن خلال هذه المواد، يتضح أن المشرع الفرنسي يشترط في السبب شرطيين أساسيين، بداية بأن يكون حقيقيا غير كاذب، ثم ضرورة أن يكون مشروعا.

الشرط الأول: أن يكون حقيقيا غير كاذب:

وهو ما نصت عليه المادة 1131 من ق م ف أعلاه، ذلك أنه من الصعب أن نتصور التزام شخص بإرادته لغير سبب ما لم يكن مجبرا. كما قضت المادة ذاتها بضرورة ألا يكون السبب كاذبا، ومثاله أن يكون الشخص موهوما، أو إذا كان السبب صوريا[1] .

ليتضح من خلال هذه المادة أن وجود السبب يتنافى مع وجوده كاذبا كما هو حال الموهوم، أو غير مشروع كما لو كان صوريا يخفي آخر وراءه غير مشروع، على أن المادة 1132 نصت على صحة الاتفاقات حتى لو لم يذكر سببها، ومعنى ذلك أن وجود سبب صحيح للالتزام أمر مفروض لا يكلف الدائن بإثباته، وهذا ما يقره المنطق القانوني، ذلك أن المألوف التزام المدين لسبب، ولا يعقل أن يرتضي الالتزام دون أن يكون لالتزامه سبب، وعلى من يدعى أن التزامه كان لسبب غير مشروع إثبات ذلك حينها[2].

[1]– Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p. 335 ; LARROUMET Christian, op.cit., p.459 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., p.315.

[2] – Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p.367.

الشرط الثاني: أن يكون مشروعا:

فلا يكفي من خلال المادة 1131 أعلاه أن يكون السبب موجودا حقيقيا غير كاذب، بل اشترطت ذات المادة أن يكون مشروعا، ويكون كذلك وفق المادة 1133 عندما لا يحرمه القانون ولا يكون مخالفا للآداب العامة ولا للنظام العام [1]. مع الإشارة في هذا المجال إلى ان الاجتهاد القضائي تدخل في الكثير من القرارات الشهيرة[2] المتعلقة بسبب العقد وصلته بالنظام العام والآداب العامة، خاصة أنها تبنت السبب الذي تميزت به النظرية الحديثة ممثلة في السبب الباعث إلى التعاقد.

أما بخصوص نظرية السبب في المذهب المالكي، فهي أقرب إلى النظرية الحديثة المشار إليها أعلاه من قربها للنظرية التقليدية، إذ يلاحظ من خلال التوقف عند الفقه الاسلامي الحديث الذي اعتنى بنظرية السبب مقارنة بما كان عليه حالها في الفقه الفرنسي، أنه أدرج اختلاف المذاهب الفقهية الأربعة في السبب لاتجاهين، أحدهما ينكر نظرية السبب الباعث الدافع الذي يختلف باختلاف الأشخاص ويعتبره عنصرا ذاتيا داخليا يهدد المعاملات. واتجاه ثان يتزعمه المذهب المالكي والحنبلي يقول بنظرية السبب[3]، وفي ذلك جاء " أما الاتجاه الثاني فهو مذهب المالكية والحنابلة ...

---

[1]- أنظر في فكرة النظام العام والآداب العامة وتطبيقاتها، جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، مراجعة فيصل كلثوم، المؤسسة الجامعية للدراسة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2000، ص. 1003-1023؛

FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.195-213 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., pp.318-319,321.

[2] - Cass. Civ., 1 re, 12 juillet 1989 ; Cass. Com., 22 octobre 1996 ; Cass. Civ., 1 re, 7 octobre 1998 ; Cass. Civ., 1 re, 14 mai 1991, CAPITANT Henri, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome 2, op.cit., pp.95-114.

[3]- راجع في هذين الاتجاهين تحت عنوان نظرية السبب في الفقه الإسلامي، عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، المرجع السابق، ج4، ص51-79؛ وهبة الزحيلي، ج4، المرجع السابق، ط 4، ص. 3033-3035؛ وراجع في نظرية السبب عامة في الشريعة الاسلامية، صبحي محمصاني، المرجع السابق،

الذين ينظرون إلى القصد والنية أو الباعث، فيبطلون التصرف المشتمل على باعث غير مشروع بشرط أن يعلم الطرف الآخر بالسبب غير المشروع، أو كان بإمكانه أن يعلم بذلك بالظروف والقرائن التي تدل على القصد الخبيث كإهداء العدو هدية لقائد الجيش، والإهداء للحكام والموظفين، فذلك مقصود به الرشوة، فتكون للدولة. وهبة المرأة مهرها لزوجها، يقصد به استدامة الزواج، فإن طلقها بعدئذ، كان لها الرجوع فيما وهبت ..."[1].

هذا ولا يكون السبب حقيقيا في المذهب المالكي حينما يجبر صاحب العقد على العقد أو على سببه، وفي ذلك جاء " إلا إن أجبر العاقد عليه (أي البيع) وكذا على سببه جبرا حراما، وهو ما ليس بحق فيصح ولا يلزم، ورد عليه ما جبر على بيعه أو على سببه"[2]. أما شرط مشروعية السبب فهو مما استفاض فيه المالكية في هذا المجال، ومرده البحث عن النية المشروعة الباعثة على التعاقد ليكون العقد صحيحا، فلا يجيز المالكية بيع أرض بقصد بناء كنيسة، أو بيع خشب بقصد صنع صليب أو صنما، أو بيع العنب لمن يعتصره خمرا، أو السلاح لمن يقاتل بها المسلمين[3].

.353-343

[1]- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ط 4، ص. 3035، 3036.

[2]- الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج3، ص. 6.

[3]- ومما جاء في ذلك: " لا ينبغي أن يباع العنب أو العصير ممن يتخذه خمرا، لا من نصراني ولا من مسلم، ولا يباع السلاح ممن يقاتل بها المسلمين، ولا تباع الأرض ممن يبني فيها كنيسة، لا تباع الخشبة ممن يتخذ منها صنما " أنظر، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1988، ص. 613؛ الحطاب المالكي، نفس المرجع، ص. 245؛ مالك بن انس الأصبحي، المرجع السابق، ج3، ص 435، ص. 523؛ عبد الرحمن بن محمد بن عسكر البغدادي، أبو زيد أو أبو محمد، شهاب الدين المالكي، إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الامام مالك، الجزء 1، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، الطبعة الثالثة، ص. 89.

وفي ذات السياق، يعتد المذهب المالكي بالسبب ولو لم يذكر في العقد، أما موضعه فهو اعتبار المقاصد من العقود وتأثير المقصد غير المشروع على صحتها، ذلك أن المذهب يقسم العقود في هذا المجال إلى عقود لا تصح لعدم وجود المنفعة فيها، وأخرى لها منفعة تصنف هي الأخيرة إلى أصناف ثلاثة يعود في إحداها إلى المقصد الباعث من العقد[1].

ومما سبق، يتضح أن الفقه المالكي يتفق مع النظرية الحديثة للسبب وفق ما استقر عليه كل من الفقه القضاء الفرنسي بشأنها كما ظهر أعلاه. أما بخصوص النصوص الثلاثة المنظمة لركن السبب في القانون المدني الفرنسي فتركزت على شرطين أساسين في السبب قال بهما الفقه المالكي من قبل، وأنتج ذلك قولهما بضرورة وجود سبب حقيقي في العقد يجب أن يكون مشروعا. وهو ما يجعل امتداد التوافق بينهما معتبرا في جل الأحكام المنضوية تحت أركان العقد على النحو الظاهر سابقا، مما يستدعي البحث عن مدى وجود مثله في الحالة التي يفتقد فيها العقد أحد هذه الأركان، أو شرطا من شروطها تحت معنى الجزاء المتمثل في البطلان.

---

[1]- وفي هذا التقسيم جاء: " واعلم أن الأعيان على قسمين: الأول ما لا منفعة فيه أصلا فلا يصح العقد به، ...الثاني ما له منفعة، وهو على ثلاثة أقسام: الأول ما كان جميع منافعه محرمة، وهو كالذي لا منفعة فيه لا يصح بيعه، ولا تملكه إن كان مما نهى الشارع عنه كالخمر، والميتة والدم ولحم الخنزير ... الثاني ما كان جميع منافعه محللة فيجوز بيعه إجماعا كالثوب والعبد، والعقار... الثالث ما فيه منافع محللة، ومنافع محرمة .. فهو المشكل على الأفهام، ومزلة الأقدام، وفيه ترى العلماء مضطربين ...فإن كان جل المنافع والمقصود منها محرما، والمحلل منها تبعا فواضح إلحاقه بالقسم الأول ... وفي أواخر كلام المازري تمثيله لذلك بشحم الميتة قال: فالمقصود الذي هو الأكل حرام، وإن كان فيه بعض المنافع محللة عند من يجيز استعمال ذلك في بعض المواضع ... وإن كان جل المنافع، والمقصود منها محللا، والمحرم تبع فواضح إلحاقه بالثاني، ويمكن تمثيله بالزبيب، ونحوه مما يمكن أن يعمل منه الخمر والله أعلم. وإن كانت منافعه المقصودة منها ما هو محلل ومنها ما هو محرم أو فيه منفعة محرمة مقصودة، وسائر منافعه محللة قال المازري: فهذا هو المشكل، وينبغي أن يلحق بالممنوع؛ لأن كون هذه المنفعة المحرمة مقصودة يؤذن بأن لها حصة من الثمن، وأن العقد اشتمل عليها كما اشتمل على ما سواها، وهو عقد واحد لا سبيل إلى تبعيضه والتعاوض على المحرم ممنوع فمنع الكل لاستحالة التمييز ... "، الحطاب الرعيني المالكي، المرجع السابق، ج 4، ص. 263، 264.

الفصل الثاني
صحة التراضي والبطلان

اتضح سابقا أن المشرع الفرنسي ينطلق في المادة 108 ق م على من ضرورة توافر أركان ثلاثة لصحة العقد، ومنها التراضي الذي تعرضنا لما يتعلق بوجوده في المبحث الأول. إلا أن هذا الوجود لا يكفي لوحده ما لم يكن صحيحا صحة يؤثر غيابها على العقد كله وفق ما يعرف بالبطلان، فضلا عن تعلق هذا الأخير كذلك بالحالات التي يتخلف في العقد بقية أركانه الثلاث أو يختل شرط من شروطها.

لنبحث وفق ذلك عن أثر الفقه المالكي في تنظيم القانون المدني الفرنسي لصحة التراضي (المبحث الأول)، ثم بطلان العقد (المبحث الثاني).

المبحث الأول
صحة التراضي

ليكون العقد صحيحا، يجب أن يتوفر التراضي بتوفر وجوده أولا وفق ما سبق التعرض إليها حين التعرض إلى هذا الركن من خلال التعبير عن الإدراة ثم ضرورة توافق الإرادتين. إلا أن هذا الوجود لا يكفي ما لم يكن صحيحا بتوفر أهلية أطرافه كما تبين من خلال المادة 108 ق م ف، ثم خلو الإرادة من العيوب التي قد تؤثر على صحته وفق ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 1109 ق م[1].

[1]- Article 1109: " Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol ".

وعلى ذلك، نبحث مدى تأثر المشرع الفرنسي بالفقه المالكي في تنظيمه لهذه العناصر بالتعرض إلى الأهلية (المطلب الأول)، ثم عيوب الإرادة (المطلب الثاني).

المطلب الأول
الأهلية

بالرجوع إلى المادة 1108 ق م ف السابق التعرض لها، نجد المشرع الفرنسي ينص فيها على اعتبار الأهلية شرط من شروط العقد لا يصح إلا بتوفرها لدى المتعاقد. مع الإشارة إلى ملاحظة سبق التنبيه إليها[1] تتعلق بفصل هذه المادة بين الرضاء والأهلية بما يفهم منه استقلالهما عن بعض، رغم أن مسألة الأهلية مقترنة بوجود الرضاء بما يجعلها شرطا يستلزمه وجوده.

ويقصد بالأهلية في هذا المجال أهلية التعاقد التي نظمها القانون المدني الفرنسي في المواد 1123 إلى 1125-1 منه، حيث انطلق فيها المشرع الفرنسي من المادة 1123 التي نصت على أصل عام مفاده اعتبار كل شخص أهل للتعاقد. أما الاستثناء فهو فقد الأهلية حينما يصرح القانون بفقدها[2]. ومثال ذلك حالات انعدام الأهلية للقصر أو الراشدين المحميين بالمادة 488 ق م ف وفق ما نصت عليه نصت عليه المادة 1124 ق م ف[3].

---

[1]- راجع الصفحة 35 من هذه الدراسة.

[2]- Article 1123 : « Toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi ».

[3]- Article 1124: «Sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi:
Les mineurs non émancipés ;
Les majeurs protégés au sens de l'article 488 du présent code ».

هذا ويلاحظ بالرجوع إلى الأحكام العامة المنظمة للأهلية في القانون المدني الفرنسي أنها تتصل بالكتاب الأول المتعلق بالأشخاص، إذ نظمها المشرع الفرنسي بالتركيز على الاستثناء الممثل في عدم الأهلية أكثر من اهتمامه بتنظيم المبدأ العام المتعلق بالمادة 1123 ق م ف أعلاه. ويتضح ذلك من خلال الحيز الكبير الذي خصه المشرع لإدارة تصرفات عديمي الأهلية من خلال الأحكام المتعلقة بالقصر والإشراف على تصرفاتهم عن طريق الوصاية أو التمثيل القانوني (المواد 388 إلى 414 ق م ف). مرورا بأحكام الرشد والحماية القانونية للراشدين المحتاجين إلى حماية (المواد 414 إلى 496/1 ق م ف). وصولا إلى إدارة الذمة المالية للقصر والراشدين الخاضعين لنظام الوصاية (المواد 496 إلى 515/1).

وانطلاقا مما سبق، درج الفقه الفرنسي[1] على تنظيم أحكام أهلية التعاقد تحت مسمى " انعدام الأهلية L'incapacité " بتقسيم هذا الانعدام إلى قسم يتعلق بأهلية الوجوب، وآخر بأهلية الأداء. ذلك أن الأهلية وإن كانت تتسع في هذا المجال لتشمل صلاحية اكتساب الحقوق وفق ما يعرف بأهلية الوجوب (La capacité de jouissance)، شمولها لصلاحية استعمال تلك الحقوق وفق مسمى أهلية الأداء (La capacité d'exercice)، يتعلق نطاقها التعاقدي بضرورة عدم انعدام أهلية الأداء أكثر من تعلقه بأهلية الوجوب. والسبب حينها توقف التصرفات القانونية على صدور التصرف ممن يملك قدرة تحمل نتائجه وعدم وجود نص قانوني يمنعه هذه القدرة.

1- Cf. JOSSERAND Louis, op.cit., pp.62-63 ; FLOUR Jacques, op.cit., pp.157-158 TODOROVA Liliana, L'engagement en droit, l'individualisation et le code civil au XXIe siècle, Publibook Université, Paris, 2007, pp.151-153 ;

آلان بينابنت، القانون المدني، الموجبات (الالتزامات)، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الطبعة الأولى، 2004، ص. 34-41.

أما ضابط التفريق بين توفر أهلية الأداء من عدم توفره وفق التقسيم السابق، فهو الفقرة الأولى المادة 488 ق م ف المحال إليها من المادة 1124 ق م ف أعلاه. إذ قرن المشرع الفرنسي من خلالها الوصول إلى الرشد المدني أو الأهلية الكاملة بسن الثامنة عشرة[1] ، وهو نفس المعنى الذي تضمنته المادة 388 ق م ف حينما عرفت القاصر بكونه كل من لم يبلغ سن الثامنة عشر[2].

وإضافة إلى ما سبق، يلاحظ أن حماية عديمي الأهلية في القانون المدني الفرنسي يعود إما لميزة ترتبط بأشخاص تجعلهم في حاجة إلى حماية، ومثالهم القاصر غير المتحرر من القصر وفق نص المادة 1124 ق م ف، حيث ربطت هذه الأخيرة انعدام الأهلية بنوع من القصور يستطيع القاصر أن يتحرر منه بالزواج بصرف النظر عن سنه حينها وفق ما نصت عليه المادة 476 ق م ف[3]. كما يتحرر منه كذلك بقرار من قاضي الوصاية بعد بلوغ القاصر 16 سنة وبطلب من والديه أو أحدهما وفق نص المادة 477 ق م ف[4]. خاصة أن المشرع الفرنسي وإن حدد سن الرشد المدني بثمانية عشر سنة وفق المادتين 388 و488 ق م ف أعلاه، إلا أنه لم يحدد سن التمييز. وهو ما يخول القاضي تقدير هذه السن تبعا للظروف الشخصية المحيطة بالقاصر والتصرف الذي أقدم عليه شريطة أن يكون سن القاصر حينها 16 سنة فما

[1] – Article 488 al.1 : « La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, on est capable de tous les actes de la vie civile ».

[2] – Article 388: «Le mineur est l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis».

[3] – Article 476: «Le mineur est émancipé de plein droit par le mariage ».

[4]- Article 477 : « Le mineur, même non marié, pourra être émancipé lorsqu'il aura atteint l'âge de seize ans révolus.

Après audition du mineur, cette émancipation sera prononcée, s'il y a de justes motifs, par le juge des tutelles, à la demande des père et mère ou de l'un d'eux.

Lorsque la demande sera présentée par un seul des parents, le juge décidera, après avoir entendu l'autre, à moins que ce dernier soit dans l'impossibilité de manifester sa volonté».

فوق[1].

ثم كما يعود سبب حماية عديم الأهلية إلى الشخص ذاته يعود إلى طبيعة العقود تارة أخرى[2]، ومثالها العقود المفقرة للقاصر المنصوص عليها في المادة 389-5 (مثل التنازل عن ديون أو حقوق)، الهبات (م 904 ق م ف) والكفالات المالية، ذلك أن خطورة هذه العقود تستلزم إذن من القاضي المشرف على الوصاية ولو وافق ولي القاصر عليها.

وفضلا عن حماية القاصر على النحو المتقدم، وسعت المادة 1124 ق م ف في فقرتها الثانية من حماية عديمي الأهلية لتشمل الراشدين عديمي الأهلية[3] المعنيين في المادة 488، حيث نصت الاخيرة على خضوع الراشدين لنظام الحماية متى طرأ على أهليتهم عارض أثر على كفاءتهم بطريقة يستحيل معها مراعاتهم لمصالحهم[4]. ومثال ذلك السفه، أو الإفراط في التبذير، أو الحاجة المؤثرة على الوفاة بالالتزامات العالية

[1] - Cf. TODOROVA Liliana, op.cit., p.153

[2] – وينصرف إلى هذا النوع من العقود تلك النصوص التي تمنع على أشخاص معينين أن يرتبطوا بعقود مع من تربطهم معهم رابطة قد ينتج منها استغلال معنوي. ومثالها نص المادة 1125–1 ق م ف التي تحظر بعض التصرفات تحت طائلة البطلان إلا إذا توفر إذن قضائي مسبق. منها منع الأشخاص الذين يعملون في مؤسسات رعاية كبار السن من التعاقد مع أحد المتواجدين في هذه المؤسسات. وفي ذات السياق، راجع المادة 1596 ق م ف التي تحظر على بعض الأشخاص قيامهم بالبيع والشراء كما هو حال منع الأوصياء من شراء أملاك من يقعون تحت وصايتهم أو وكلاء البيع من شراء ما وكلوا ببيعه..، والمادة 1597 ق م ف التي تمنع بعض الأشخاص من شراء الحقوق المتنازع عليها، كما لو كانوا قضاة أو نوابهم أو الكتبة، أو المحضرين.

[3] -Article 1124: « Sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi:

Les mineurs non émancipés ;

Les majeurs protégés au sens de l'article 488 du présent code ».

[4] -Article 488 al .2: « Est néanmoins protégé par la loi, soit à l'occasion d'un acte particulier, soit d'une manière continue, le majeur qu'une altération de ses facultés personnelles met dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts ».

وفق نص الفقرة الثالثة من ذات المادة[1].

وما يجب التنبيه إليه أخيرا في هذا المجال، أن حق التمسك بعدم الأهلية هو للقاصر الذي أبرم العقد دون المتعاقد الآخر كامل الأهلية، وهو ما قضت به المادة 1125 ق م ف حينما قالت" الأشخاص المتمتعون بأهلية الالتزام لا يستطيعون التمسك بعدم أهلية من تعاقدوا معه"[2]. والسبب حينها هو حماية المصلحة الخاصة للقاصر بتقرير حقه في التمسك ببطلان العقد بطلانا نسبيا بالنسبة له فقط لعدم أهليته، دون حماية الطرف الآخر المتمتع بكمال أهليته[3].

وقبل الرجوع إلى أحكام أهلية التعاقد في الفقه المالكي بما يقابل نظيرتها في القانون المدني الفرنسي أعلاه، جدير بالإشارة إلى أن فقهاء المالكية شأنهم شأن قدماء فقهاء الفقه الإسلامي عامة لم يعقدوا لمسائل الأهلية نظرية مستقلة إلا من خلال الفقه الإسلامي الحديث. أما السبب فهو اهتمامهم بالبحث عن حلول عملية مسايرة للحاجات الاجتماعية من خلال استنباطها من مصادر اجتهادية مرنة[4]، وهو ما وزع أحكام الأهلية على أبواب مختلفة تختلف بتدرج أقسام العقود بين الصحة والبطلان[5].

---

[1] -Article 488 al .3: « Peut pareillement être protégé le majeur qui, par sa prodigalité, son intempérance ou son oisiveté, s'expose à tomber dans le besoin ou compromet l'exécution de ses obligations familiales ».

[2] -Article 1125: « Les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité de ceux avec qui elles ont contracté ».

[3] - Cf. FLOUR Jacques, op.cit., pp.160-161.

[4]- راجع الصفحة 3، 4 من هذه الدراسة.

[5]- راجع الصفحة 169-175 من هذه الدراسة.

وعلى هذا الأساس، خص الفقه الإسلامي الحديث[1] مسائل الأهلية التعاقدية بنظرية مستقلة أكثر توسعا من نظيرها في القانون المدني الفرنسي، حيث بدأها بتعريف الأهلية ثم تفصيل أقسامها، لينتقل بعد ذلك إلى أدوارها ثم تبيان عوارضها. مع اختلاف أحكامها التفصيلية نتيجة لاختلاف الأدوار أو وجود عارض من عوارضها.

أما عن تعريف الأهلية فيقصد بها لغة الصلاحية[2]. ومن المعنى اللغوي اشتق الفقه الاسلامي تعريفها الاصطلاحي ممثلا في " صلاحية الشخص لثبوت الحقوق المشروعة له ووجوبها عليه، وصحة التصرفات منه. وهي نوعان: أهلية وجوب، وأهلية أداء "[3].

وكما هو الحال في المادة 1123 القانون المدني الفرنسي أعلاه، ينطلق الفقه الإسلامي عامة[4]، ومنه المالكي[5]، من أصل عام مفاده افتراض توفر الأهلية كشرط

---

[1]- راجع فيها: مصطفى الزرقا، المرجع السابق، 779-841؛ وهبة الزحيلي، ج4، المرجع السابق، ط 4، ص. 2960- 2983؛ صبحي محمصاني، المرجع السابق، ص. 353-364؛ عبد السلام التنوخي، المرجع السابق، ص. 18-135؛ عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص. 313-334؛ عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 179-198.

[2]- أنظر، محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، ج 11، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، 1414، ص. 29؛ إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، دار الدعوة، إسطنبول، تركيا, الطبعة الثانية، 1989، ص. 31.

[3]- وهبة الزحيلي، ج4، المرجع السابق، ط 4، ص. 2960.

[4]- مصطفى الزرقا، المرجع السابق، 833؛ وهبة الزحيلي، ج4، المرجع السابق، ط 4، ص. 2971؛ عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص. 316.

[5]- وهو ما يظهر من انطلاق الفقه المالكي من ضرورة وجود التمييز كشرط لصحة العقد ولزومه، ثم تبيان حكم العقود التي يكون صاحبها غير كامل أهلية لصغر أو سفه أو حجر وما إلى ذلك من عوارض، راجع في ذلك، عليش أبو عبد الله المالكي، المرجع السابق، ج، ص. 439؛ الصاوي على الشرح الصغير، ج3، المرجع السابق، ص.17؛ الصادق عبد الرحمان الغرياني، المعاملات في الفه المالكي، المرجع السابق، ص. 49.

للزوم العقد. ومن ادعى انعدامها لزمه تقديم الدليل المثبت لوجود الانعدام كاستثناء[1]. أما مناط الأهلية فهو الإدراك أو التمييز أو الإرادة، ففاقد التمييز فاقد للإرادة لأنه فاقد للإدراك، وناقص التمييز ناقص الإدراك وناقص الأهلية، وكامل التمييز كامل الأهلية لأنه كامل الإدراك[2]. فلا يصح العقد مثلا من غير مميز لصغر سن أو سفاهة بغير إذن وليه لقوله تعالى ﴿ فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ ﴾[3].

هذا ورغم اتفاق القانون المدني الفرنسي والفقه الإسلامي عامة على تقسيم الأهلية إلى أهلية وجوب وأهلية أداء. يتوسع الأخير في تقسيم نوعيها بين النقصان والكمال مما أنتج أهلية وجوب ناقصة تقابلها أهلية وجوب كاملة، في نفس الوقت الذي يعرف فيه أهلية الأداء الناقصة المقابلة لأهلية الأداء الكاملة، حيث نتعرض لهذه الأصناف وفق تدرج السن فيها إلى أربعة أدوار كالتالي:

الدور الأول: قبل الولادة أو الجنين:

فالشخص وهو جنين في بطن أمه معدوم لأهلية الأداء، وناقص لأهلية الوجوب، إذ ليس له من أهلية الوجوب إلا ذمة صالحة لوجوب بعض الحقوق التي تؤهله ليكون دائنا لا مدينا. والسبب في نقص أهلية هذا الأخير آمران، فهو من جهة يعد جزءا من أمه، ومن جهة أخرى يعد إنسانا مستقلا متهيئا للانفصال عنها بعد تمام تكوينه، لذا تثبت له بعض الحقوق النافعة التي لا تحتاج إلى قبول، كالحق في ثبوت

---

[1]- وهو ما يعرف به الفقه الإسلامي عامة في نظام الإثبات الذي يقوم على أصل براءة المدعى عليه وفقا لقوله صلى الله عليه وسلم " البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه"، المسند الجامع، المرجع السابق، ج11، ص. 157.

[2]- منذر الفضل، المرجع السابق، ص. 153، 152.

[3]- سورة البقرة، الآية 282.

نسبه من أبيه، وفي الميراث من مورثه، وفي الوصية من الموصي. إلا أن الحقوق المالية الأخيرة ليست للجنين فيها ملكية نافذة في الحال بل تتوقف على ولادته حيا، أما إذا ولد ميتا فيعتبر كأنه لم يوجد من الأصل [1] .

الدور الثاني: من الولادة إلى سن التمييز أو الصبي غير المميز:

فبالرجوع إلى الفقه الإسلامي عامة[2] ومنه المالكي[3]، نجد أن غالبيته يتفق على أن سن التمييز يكون بتمام السنة السابعة[4]. وعلى ذلك سارت جل التقنينات المدنية العربية[5] وحدا حدوها القانون المدني الألماني[6]. والصبي غير المميز كذلك ليست له أهلية أداء حيث تبقى معدومة، والذي يباشر الأداء له هو وليه أو وصيه، وإذا فرض وباشر الصبي غير المميز أي عمل من الأعمال القانونية، فإن تصرفه يقع باطلا مهما كان نوعه[7].

---

[1]– مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص. 203، 204؛ صبحي محمصاني، المرجع السابق، ص. 356؛ عبد السلام التنوخي، المرجع السابق، ص. 38–40؛ عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص. 314.

[2]– وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج4، ط 4، ص. 2968؛ عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص. 315.

[3]– حيث ربطها المالكية بمصطلح الإثغار (أي عند نزع الأسنان لإنباتها)، ويكفي الوصول إلى المعتاد من سنها، وهو زمن الأمر بالصلاة، وفي ذلك جاء: ".. وأمر صبي بها لسبع وضرب لعشر.. يعني أن الصبي ذكرا أو أنثى يؤمر ندبا كالولي على الصحيح بالصلاة إذا دخل في سبع سنين وهو سن الإثغار أي نزع الأسنان لا إنباتها مع أنه يقال أثغر الصبي إذا سقطت أسنانه وا ٍذا نبتت.."، الخرشي المالكي، ج1، المرجع السابق، ص.221، وفي نفس المعنى جاء " قال خليل: ما لم يثغر معتادا ويكتفى ببلوغ زمنه المعتاد، وهو بعد السبع ولو لم يثغر بالفعل بناء على المشهور.."، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي، المرجع السابق، ج2، ص. 87.

[4]–لقوله صلّى الله عليه وسلم: "مروا الصبي بالصلاة إذا بلغ سبع سنين"، المسند الجامع، المرجع السابق، ج6، ص. 30.

[5]– ومنها: القانون المدني المصري م 45، الأردني م 3/3118، السوري م 47، العراقي م 97، الليبي م 45.

[6]– نصت الفقرة الأولى من المادة 104 ق م ألماني على أن فاقد الأهلية هو من لم يستكمل السنة السابعة.

[7]– وهبة الزحيلي، ج4، المرجع السابق، ص. 2960؛ مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص. 798، 799؛ عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص. 314، 315.

الدور الثالث: من سن التمييز إلى سن البلوغ - الصبي المميز -:

ويكون للقاصر في هذا الدور أهلية أداء ناقصة لكون إدراكه ناقص، حيث له أن يباشر ما كان نافعا له نفعا محضا كقبول الهبة وقبول الإبراء من الدين، وليس له أن يباشر ما كان ضار به ضرا محضا، كأن يهب ماله، أو يقرضه، أو أن برئ مدينه. أما الأعمال الدائرة بين النفع والضرر فتعقد موقوفة على إجازة وليه أو وصيه. فوليه مخير بين إعطاء الإجازة من عدمها، فإن رآها مفيدة في حق الصغير أجازها وإلا فلا. ومثال هذه التصرفات البيع والشراء والاستئجار وغيرها[1].

الدور الرابع: من سن البلوغ إلى الموت أو مرحلة البالغ الرشيد:

وفي هذا الدور تصبح أهلية الأداء كاملة إذا وصل الصبي إلى مرحلة يفترض أنه قد استكمل عقله فيها. ويقترن ذلك بالبلوغ، ففي الشريعة الإسلامية يعتبر البلوغ الطبيعي حدا للبلوغ الشرعي من خلال توفر علاماته للفتى أو الفتاة[2]. على أن الفقه المالكي[3] قدر نهاية البلوغ لكل من الفتى والفتاة بتمام ثماني عشرة سنة إذا لم تظهر علاماته قبل ذلك. حيث يجوز للقاصر منهما أن يستلم أمواله ليديرها بنفسه عند

---

[1]- مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص. 801-813؛ وهبة الزحيلي، ج4، المرجع السابق، ط 4، ص. 2968، 2969؛ عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص.315، 316؛ ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج2، ص. 282.

[2]- ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج2، ص. 282؛ عبد السلام التنوخي، المرجع السابق، ص. 56.

[3]- ومما جاء في ذلك" لما كان البلوغ عبارة عن قوة تحدث في الشخص يخرج بها من حال الطفولية إلى غيرها وتلك القوة لا يكاد يعرفها أحد فجعل الشارع لها علامات يستدل بها على حصولها أشار المؤلف إلى أنها خمس منها مشترك ومختص وعطفها بأو لئلا يتوهم أن العلامات مجموعها أولها السن وهو مشترك بين الذكر، والأنثى بقوله: بثماني عشرة سنة، أي: بتمام ثماني عشرة سنة على المشهور.. "، الخرشي المالكي، المرجع السابق، ج5، ص.291؛ وفي نفس المعنى، أبو الحسن علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي، حاشية العدو ي على شرح كفاية الطالب الرباني، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، ج1، دار الفكر، بيروت، 1994، ص. 450.

وصوله لهذا السن وفق ما يسميه الفقه الإسلامي عامة بالصغير المميز المأذون[1].

ثم بالرغم من اكتمال أهلية الصبي المميز ببلوغه سن الرشد ممثلة في ثماني عشرة سنة عند المالكية، يتشدد هذا الأخير شأنه شأن الفقه الإسلامي في حماية الصبي البالغ بضرورة تأكد وليه من توفر على الرشد الذي يؤهله استلام أمواله. أما دليل ذلك فهو قوله تعالى ﴿ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾[2]. وحول معني الرشد اختلف الفقهاء بين اعتباره الصلاح في الدين والمال معا، أم قصره على المال، وإن مال الغالب منه إلى الرأي الثاني[3].

هذا وفضلا عن اختلاف أحكام الأهلية في الفقه الإسلامي عامة والمالكي منه بعامل تدرج السن كما تبين أعلاه، قد يتعرض الشخص بعد بلوغه سن الرشد لعارض من العوارض يؤثر على أهليته وبالتالي على تصرفاته القانونية حيت يحد منها أو ينقصها أو يعدمها. أما هذه العوارض فهي الجنون والعته والسفه والغفلة.

فالمجنون هو من اختل عقله على نحو يمنع جريان أفعاله وأقواله على ما يقتضيه العقل السوي[4]، وتتوفر عند المجنون أهلية وجوب كاملة، أما أهلية الأداء فمعدومة حالها حال الصبي غير المميز، وتقع أعماله باطلة بطلانا مطلقا لانعدام الإرادة عنده، وتحجر عليه المحكمة وتعين له قيما[5].

---

[1]- صبحي محمصاني، المرجع السابق، ص. 361- 364؛ عبد السلام التنوخي، المرجع السابق، ص. 50، 56؛ عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص. 315، 316.

[2]- سورة النساء، الآية 6.

[3]- صبحي محمصاني، المرجع السابق، ص. 366، 367؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ط 4، ص. 2970، 2971؛ عبد السلام التنوخي، المرجع السابق، ص. 90-96.

[4]- عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص. 317.

[5]- عبد السلام التنوخي، المرجع السابق، ص. 90-96.

والمعتوه هو من كان مختلط الكلام فاسد التدبير ولكنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون. فالعته وإن ذهب بالعقل والتمييز فإنه نوع من الجنون الساكن. ويأخذ المعتوه غير المميز حكم المجنون والصبي غير المميز، فيكون فاقدا للأهلية، أما إذا لم يذهب العته بالتمييز فيكون المعتوه مميزا ناقصا للأهلية كالصبي المميز لا يختلف عنه في شيء[1].

أما السفيه فهو من يبدر المال على غير مقتضى من العقل والشرع ولو في سبيل الخير. ويلحق به ذو الغفلة فهو الذي لا يهتدي إلى خيره إذا تصرف، فلا يعرف التصرف الرابح من الخاسر، فيخدع بسهولة في المفاوضات ويغبن، حيث يشترك السفيه والمعتوه بوجه عام في معنى واحد هو ضعف بعض الملكات الضابطة للنفس. وللسفيه وذو الغفلة أهلية أداء ناقصة بحيث يحجر عليهم ويعين عليهم قيما [2].

وانطلاقا من كل ما سبق من أحكام للأهلية التعاقدية بين القانون المدني الفرنسي والفقه المالكي، يمكن القول إن حيز هذه النظرية تتسع أكثر في المذهب المالكي شأنه شأن الفقه الاسلامي عامة. إلا أن هذا لا ينفي اتفاقهما في جل الأحكام المنضوية تحت هذا المجال، حيث ينطلقا من مبدأ عام واحد هو توفر الأهلية عند كل متعاقد، وعدم توفرها هو الاستثناء. ليتعلق الاتفاق كذلك بتقسيم الأهلية إلى أهلية وجوب ممثلة عندهما في صلاحية اكتساب الحقوق، وأهلية أداء مجسدة في صلاحية استعمال تلك الحقوق. مع تميز عامة الفقه الإسلامي ومنه المالكي بتقسيم كل نوع منهما إلى قسمين يؤثر فيهما تدرج السن.

---

[1]- عبد السلام التنوخي، نفس المرجع، ص. 109-115؛ عبد الكريم زيدان، نفس المرجع، ص. 318، 319.

[2]- صبحي محمصاني، المرجع السابق، ص. 370-381؛ وهبة الزحيلي، ج4، المرجع السابق، ط 4، ص. 2974.

ولعل أكثر ما يلاحظ في هذا المجال، هو أن القانون المدني الفرنسي وإن خول القاضي ترشيد القاصر وفق سلطته التقديرية بعد بلوغ القاصر 16 سنة، إلا أن هذه السنة لا يمكن أن تعتبر سن تمييز يجب على الصبي غير المميز أن يصلها ليكون مميزا كما هو الحال في سن السابعة التي قال بها الفقه المالكي أسوة بالفقه الاسلامي عامة. أما تحديد القانون المدني الفرنسي لسن الرشد بالثامنة عشر بما يتحقق معه توفر الأهلية التامة للمتعاقد الذي وصل إلى هذا السن، فهو ذات السن الذي قرنه الفقه المالكي بوصول الصبي غير المميز إلى البلوغ كما اتضح أعلاه.

أما إذا لم يصل المتعاقد إلى سن الرشد المتفق عليه بينهما، نكون أمام حالة نقص أهلية أو انعدامها، وهو ما استوجب توفير حماية للقصر حينها من خلال نظام الإشراف عليهم وضرورة وجود من يمثلهم في تصرفاتهم القانونية. وصول هذه الحماية إلى عقود خطرة جعلها القانون المدني الفرنسي باطلة ولو تمت بإذن الولي أو الممثل القانوني لعديم الأهلية، وهو ذات ما قال به الفقه المالكي تحت إطار العقود الضارة ضررا محضا حينما منعه من مباشرتها مطلقا. ثم تمتد الحماية أخيرا عندهما لراشدين طرأ على أهليتهم عارض ألحقهم بناقصي الأهلية أو معدميها.

وعلى ذلك، يتضح اتفاق القانون المدني الفرنسي مع الفقه المالكي والفقه الاسلامي عامة في تنظيمهما لأحكام أهلية التعاقد المؤثر عدم توفرها على صحة التراضي، وهو ما يستوجب البحث عن إمكان وجود هذا النسق التوافقي في العيوب التي قد تتعلق بالتراضي فتجعل الإرادة معيبة.

المطلب الثاني
عيوب الإرادة

تعتبر نظرية عيوب الإرادة صدى لمبدأ سلطان الإرادة الذي يمثل قوام القانون المدني الفرنسي، فمادامت الإرادة تعتبر ركن التصرف القانوني هي من ينشأه ويحدد آثاره، وجب أن تكون هذه الإرادة سليمة من كل عيب يشوبها وذلك حتى يتوفر لها سلطانها الكامل في هذا الصدد[1].

ولقد عدد المشرع الفرنسي عيوب الارادة في المادة 1109 ق م حينما قال " لا يكون الرضاء من العاقدين صحيحا إذا لم يصدر هذا الرضاء إلا عن غلط، أو كان قد انتزع بالإكراه، أو دفع إليه بالتدليس"[2]. ليتضح بذلك أن عيوب الإرادة في هذا القانون هي كل من الغلط والإكراه والتدليس، ليضاف إليها الغبن في أحوال معينة مثلما سيتضح لاحقا.

وعلى ذلك، سنحاول البحث عن أثر الفقه المالكي في تنظيم المشرع الفرنسي لهذه العيوب بالتوقف عند المواد المنظمة لها وفق ورود ترتيبها، حيث ننطلق من عيب الغلط المنصوص عليه في المادة 1110 ق م (الفرع الأول)، ثم عيب الإكراه المنظم في المواد 1111 إلى 1115 ق م (الفرع الثاني)، لننتقل بعدها إلى عيب التدليس الوارد في المادة 1116 (الفرع الثالث). انتهاء بعيب الغبن المنصوص عليه في المادة 1118 من ق ف كعيب لا يؤثر في صحة العقود إلا في أحوال معينة (الفرع الرابع).

---

[1]-Cf. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p.62 ; LARROUMET Christian, op.cit., p.102.

[2] -Article 1109: «Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol».

الفرع الأول
الغلط

نصت المادة 1110 من ق م ف على أن الغلط لا يكون سببا في بطلان العقد إلا إذا وقع من الشيء موضوع العقد على مادته ذاتها، وليس بسبب في البطلان إذا لم يقع على الشخص الذي قصد التعاقد معه، ما لم يكن اعتبار شخصيته هو السبب الرئيسي في التعاقد[1].

وانطلاقا من هذا النص، نظم الفقه الفرنسي نظرية الغلط[2]، حيث عرفه على أنه حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع، وهو ما يعيب الإرادة ويجعلها في اتجاه غير الذي أراده صاحبها لو كان على بينة من أمره[3].

أما البحث مدى تأثر المشرع الفرنسي بالفقه المالكي في تنظيمه لعيب الغلط، فسنحاول دراسته من خلال حدود المادة 1110 ق م ف أعلاه. مع الإشارة هنا إلى

1– Article 1110 : « L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet.

Elle n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention ».

2 – راجع فيها:

DEMOGUE René, op.cit., pp.359-479 ; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp,204-230 ; COLIN Ambroise et CAPITANT Henri, op.cit., pp.31-38 ; JOSSERAND Louis, op.cit., pp.36-46 ; MAZEAUD H. L. J et CHABAS F, op.cit., pp.158-179 ; LARROUMET Christian, op.cit., pp.295-313 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., pp.250-256 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.129-144.

3 - Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p.205 ; MAZEAUD H. L. J et CHABAS F, op.cit., 158 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p.131.

اعتماد المعيار الذاتي الذي بنت عليه النظرية الحديثة[1] الغلط، وتبناه القضاء الفرنسي قبلها في قرارات شهيرة[2] ممثلا في تعلقه بالصفة التي اعتبرها المتعاقد جوهرية. دون الرجوع إلى النظرية التقليدية[3] المنتقدة وقد قسمته وفق معيار موضوعي تأثرت فيه برأي الفقيه بوتيه[4] إلى غلط مانع للتعاقد، وآخر معيب للإرادة، وثالث غير مؤثر.

وبناء عليه، نتوقف وفق ما سبق عند الغلط في الشي (I)، ثم الغلط في شخص المتعاقد إذا كانت شخصيته محل اعتبار في العقد (II).

أولا: الغلط في الشيء:

من خلال المادة 1110 ق م ف أعلاه فقرة أولى، نجد المشرع الفرنسي يعتد بالغلط الذي يقع في مادة الشيء ذاتها (Substances même de la chose)، وهو ما يعرف بالغلط الجوهري الذي يبلغ في نظر المتعاقد الذي وقع فيه حدا من الجسامة بحيث كان سيمتنع من إبرام العقد لو كان على بينة من أمره، ذلك أن المهم هو ما يعود لاعتبار المتعاقد، حيث يستوي أن يقع الغلط في ذات الشيء أو صفة من صفاته مادامت جوهرية في اعتبار المتعاقد، ومادامت ذات الشيء أو صفته الجوهرية كانت هي السبب الرئيسي الذي دفع المتعاقد إلى إبرام العقد [5].

---

1 - FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.130-132 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., pp.251-252.

2 - Cass. Civ., Ire, 22 février 1978 ; Cass. Civ., Ire, 13 décembre 1983 ; Cass. Civ., Ire, 13 février 2001 ; cités par CAPITANT Henri, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, op.cit., pp.30-54.

3 - Cf. JOSSERAND Louis, op.cit., pp.37-40 ; DEMOGUE René, op.cit., pp.362-363 ; COLIN Ambroise et CAPITANT Henri, op.cit., p.33.

4 - Cf. POTHIER Robert Joseph, op.cit., pp.15-24.

5 – Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.205-208 ; MAZEAUD H. L. J et CHABAS F, op.cit., 162,163 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit.,

وكما هو حال الفقه الفرنسي، يعتد الفقه المالكي بالغلط في الشيء المعقود عليه في كثير من نصوصه، منها أن يسمى أحد المتعاقدين الشيء بغير اسم يصلح له، ومثال ذلك في المذهب أن يقول البائع للمشتري أبيعك هذه الياقوتة فإذا هي زجاجة عادية [1]، إذ يعتد بالغلط ولا يلزم البيع المشتري. أما مثال نصه من نصوص المذهب فنذكر منه: ".. خلاف هذا أن من اشترى ياقوتة، وهو يظنها حجرا، ولا يعرفها البائع، ولا المبتاع فيجدها على ذلك، أو يشتري القرط يظنه ذهبا فيجده نحاسا أن البيع يرد في الوجهين، وهذا الاختلاف إنما هو إذا لم يسم أحدهما الشيء بغير اسمه، وإنما سماه باسم يصلح له على كل حال، ثم قول البائع: أبيعك هذا الحجر، أو قول المشتري: بع مني هذا الحجر فيشتريه، وهو يظنه ياقوتة فيجده غير ياقوتة، أو يبيع البائع يظن أنها ياقوتة فإذا هو غير ياقوتة فيلزم المشتري. وإن علم البائع أنها غير ياقوتة والبائع البيع، وإن علم المشتري أنها ياقوتة على رواية أشهب، ولا يلزم ذلك في الوجهين على ما في سماع أبي زيد، وأما إذا سمى أحدهما الشيء بغير اسمه مثل أن يقول البائع: أبيعك هذه الياقوتة فيجدها غير ياقوتة، أو يقول المشتري: بع مني هذه الزجاجة، ثم يعلم البائع أنها ياقوتة فلا خلاف في أن الشراء لا يلزم المشتري والبيع لا يلزم البائع، وكذلك القول في المصلى وشبه ذلك، وأما القرط يظنه المشتري ذهبا، أو يشترط أنه ذهب فيجده نحاسا فلا خلاف أن له أن يرده إذا كان قد صنع على صفة أقراط الذهب، أو كان مغسولا بالذهب.."[2].

وبالإضافة إلى ما سبق، يعتد المالكية بالغلط في الشيء في نطاق ما يعرف عندهم بالبيع على الوصف، وفيه يشتري المشتري المبيع وفق أوصاف معينة إن

---

pp.132-133.

جاك غوستان، ص. 510 وما يليها.

[1] – الحطاب المالكي، ج 4، المرجع السابق، ص. 466؛ المواق المالكي، المرجع السابق، ج6، ص. 399، محمد بن أحمد بن محمد عليش المالكي، ج5، المرجع السابق، ص. 215.

[2] – الحطاب المالكي، ج 4، المرجع السابق، ص. 466.

وجدت لزم البيع، وإلا كان الخيار للمشتري[1].

هذا ويلاحظ أن خيار الرؤية في الفق المالكي والفقه الاسلامي عامة يقوم على أساس فكرة الغلط، كون المشتري الذي يرد الشيء بعد رؤيته يفترض فيه أنه لم يجده على الحال التي اعتقدها وأنه قد غلط في شأنه [2] .

ثانيا: الغلط في الشخص:

نصت الفقرة الثانية من المادة 1110 ق م ف على هذا النوع من الغلط، ذلك أنها انطلقت من عدم اعتبار الغلط في شخص المتعاقد سببا لإبطال العقد. إلا أنها تعتبره كذلك في الحالة التي تكون فيها شخصية المتعاقد محل اعتبار ووقع غلط فيها، ومنها عقود التبرع التي يريد منها المتبرع متبرع له دون سواه. مع ملاحظة تتعلق هنا بامتداد الغلط الجوهري في شخص المتعاقد إلى صفة من صفاته التي تكون دافعا للتعاقد، ومثالها فقدان صفة المهارة في العقود المهنية التي تتطلب تقنيات فنية معينة[3].

[1]– " وجاز بيع وشراء معتمدا فيه على الأوصاف المكتوبة في البرنامج – بفتح الباء وكسر الميم – أي الدفتر المكتوب فيه أوصاف ما في العدل من الثياب المبيعة لتشتري على تلك الصفة للضرورة، فإن وجد على الصفة لزوم وإلا خير المشتري...." إلى حين قوله "و إن اشترى على رؤية متقدمة فادعى المشتري أنه ليس على الصفة التي رآه عليها وادعى البائع أنه عليها حلف البائع على (بقاء الصفة) التي رآه المشتري عليها ولم يتغير إن شك أي حصل شك هل تغير فيما بين الرؤية والقبض أم لا، فإن قطع أهل المعرفة بعدم التغير فالقول للبائع بلا يمين، وإن قطع بالتغير فالقول للمشتري كذلك، وإن رجحت لواحد منهما فالقول له بيمين فهذا من تتمة قوله وبرؤية لا يتغير بعدها أخرها ليجمعها مع ذوات الحلف..."، الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج3، ص. 24، 25؛ و راجع أيضا في البيع على الوصف (البرامج)، مالك بن انس الأصبحي، المرجع السابق، ج3، 259؛ الخرشي المالكي، ج5، المرجع السابق، ص. 33.

[2]– الحطاب المالكي، المرجع السابق، ج 4، 428؛ محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، المرجع السابق، ج6، ص. 118؛ محمد بن أحمد بن محمد عليش المالكي، المرجع السابق، ج4، ص. 488.

[3]– Cf. MAZEAUD H. L. J et CHABAS F, op.cit., pp.168-168 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.137-138 ;

وكما هو حال القانون المدني الفرنسي في نص فقرته المتضمنة للغلط في شخص المتعاقد أعلاه، ينطلق الفقه المالكي من عدم تأثير هذا النوع من الغلط في العقود إلا إذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار، ومثاله ذلك الغلط في شخص المشتري في عقد الشفعة حينما يتوهم الشفيع أن الذي سلم له بالشفعة شخصا معينا، ثم يتبين له أنه شخصا آخر لا يرضى به جارا، وما شرعت الشفعة إلى لدفع أدى الجوار. ومما جاء في ذلك من المذهب ما يلي " ... أو أسقط لكذب الشخص المشتري بأن قيل له إن شريكك باع حصته لزيد صاحبك فأسقط شفعته فتبين أنه باعها لعمرو عدوه و أسقط لكذب في انفراده كما لو قيل له إن شريكك باع حصته لفلان وحده فأسقط شفعته فتبين أنه باعها لجماعة فلان وغيره ... فله القيام بشفعته "[1].

وعليه، يتضح موافقة الفقه المالكي لما جاء به المشرع الفرنسي في عيب الغلط، ذلك أنه مثله يعتد بالغلط الجوهري وفق النظرية الحديثة للغلط إذا وقع على الشيء، اعتداده بالغلط إذا تعلق بشخصية المتعاقد محل الاعتبار في التعاقد، وهو ما نصت عليه المادة 1110 بفقرتيها أعلاه

الفرع الثاني
الإكراه

يعرف الإكراه على أنه ضغط يتعرض له العاقد فيولد في نفسه رهبة أو خوفا يحمله على التعاقد، بحيث لا يعدم إرادته بل يفسدها بطريقة تجعله يعلم وقت التعاقد

آلان بينابنت، المرجع السابق، ص. 66، 67.

[1] – محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، المرجع السابق، ج3، ص. 486، 487؛ وفي نفس المعنى " كذلك لا تسقط شفعته إذا أسقطها لأجل الكذب في الشخص المشترى بأن قيل له فلان اشترى نصيب شريكك فأسقط لذلك ثم ظهر أنه غير الذي سمى فإن له أن يأخذ شفعته كائنا ما كان الشخص .."، الخرشي المالكي، المرجع السابق، ج 6، ص. 173.

أن رضاه معيب[1].

وعكس عيب الغلط وعيب التدليس الذي سيأتي التعرض إليه لاحقا، يلاحظ أن المشرع الفرنسي أفاض في تبيان أحكام الاكراه. وهو ما يظهر جليا من خلال مواده من 1111 إلى 1115 من ق م.

هذا وبعيدا عن استفاضة الفقه الفرنسي[2] في عيب الإكراه، يلاحظ أن هذه الاستفاضة تعلقت بعناوين تدور في دائرة المواد المنظمة له في القانون المدني أعلاه، وهو ما يستدعي تبيان مضمونها بداية ثم إدراج ما يقابلها شبها من الفقه المالكي إن وجد.

أما المواد المنظمة لهذا العيب من القانون المدني الفرنسي أعلاه فبدأه المشرع بالمادة 1111 المحددة للمقصود بالإكراه كسبب لإبطال العقد، إذ يتضمن احتمال وقوعه من متعاقد على آخر، شموله للإكراه الصادر من غير المتعاقد الآخر حينما يتسبب فيه من يستفيد من الاتفاق الذي حدث بسبب الإكراه الذي وقع[3] .

---

[1]- Cf. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p.154 ؛PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.230-231 ; MAZEAUD H. L. J et CHABAS F, op.cit., pp.190-191 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., pp.262-264.

[2]- راجع فيه:
DEMOGUE René, op.cit., pp.481-533 ; Ambroise COLIN et Henri CAPITANT, op.cit., pp.38-41 ; JOSSERAND Louis, op.cit., pp.46-52 ; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.230-240 ; MAZEAUD H. L. J et CHABAS F, op.cit., pp.190-201 ; LARROUMET Christian, op.cit., pp.326-331 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.149-155.

[3] - Article 1111: «La violence exercée contre celui qui a contracté l'obligation est une cause de nullité, encore qu'elle ait été exercée par un tiers autre que celui au profit duquel la convention a été faite».

وبخصوص تحقق الإكراه المعتبر قانونا كعيب يشوب الرضاء، اشترطت المادة 1112 ق م ف أن يكون الإكراه من النوع الذي يؤثر في شخص مستقيم الإدراك . فضلا عن شعور شخص المكره بخوف من أن يعرض نفسه أو ماله لخطر جسيم حال. مع مراعاة اختلاف التعامل مع الإكراه لخصوصية عامل السن والجنس وحالة لشخص المكره[1].

وفي ذات السياق، أضافت المادة 1113 ق م ف استثناء لا يتعلق فيه الإكراه بشخص المتعاقد، حيث يكون الإكراه سببا في إبطال العقد عندما يقع أيضا على زوج المتعاقد، أو على فروعه أو أصوله[2].

وزيادة لما سبق، اشترطت المادة 1114 ق م ف في الإكراه المعتبر قانون وجوده حقيقة بما يؤهل صاحبه لطلب إبطال العقد، ذلك أن مجرد الخشية الصادرة من احترام واجب للأب أو للأم أو أي أصل آخر، دون أن يكون هناك إكراه لا يكفي لإبطال العقد[3]. مع نص المادة المادة 1115 كذلك على سقوط حق الطعن في العقد للإكراه حينما يجيزه مع وقع عليه بعد انقطاعه، إجازة صريحة أو ضمنية بتفويت الميعاد الذي حدده القانون للمطالبة بإبطال العقد لوجوده[4].

---

[1] - Article 1112 : « Il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent.

On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes ».

[2] - Article 1113 : « La violence est une cause de nullité du contrat, non seulement lorsqu'elle a été exercée sur la partie contractante, mais encore lorsqu'elle l'a été sur son époux ou sur son épouse, sur ses descendants ou ses ascendants ».

[3] - Article 1114 : « La seule crainte révérencielle envers le père, la mère, ou autre ascendant, sans qu'il y ait eu de violence exercée, ne suffit point pour annuler le contrat ».

[4] - Article 1115 : « Un contrat ne peut plus être attaqué pour cause de violence, si, depuis que la violence a cessé, ce contrat a été approuvé soit expressément, soit

وقبل البحث عما يقابل هذه النصوص في المذهب المالكي، يجدر التنبيه إلى أن هذا الاخير يشترط الطوع للزوم العقد فيه، ذلك أن نقل الملك يتطلب الرضا لقوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾[1]، ولقوله صلى الله عليه وسلم "لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفس منه"[2]. وعلى ذلك لو أجبر العاقد على البيع جبرا حراما[3] لا يلزمه البيع، ذلك أن المكره بيعه موقوف حتى يزول سبب الإكراه، ثم يقرر صاحبه بإرادته الحرة الرضا بالبيع من عدمه. فإن رضي مضى البيع، وان لم يرض وجب رده[4] .

وكما هو الحال في المادة 1111 ق م ف، ينطلق الفقه المالكي من فرضية وقوع الإكراه عادة من أحد المتعاقدين على الأخر، ولكنه قد يقع من الغير، مما يجعله معتبرا في المذهب المالكي ولو لم يكن المتعاقد الآخر متواطئا مع الغير الذي وقع منه الإكراه أو عالما بما وقع من الإكراه. ومما جاء في ذلك " .. وسواء علم المشتري أنه مضغوط أو لم يعلم .. وسواء وصل الثمن من المبتاع إلى المضغوط فدفعه المضغوط إلى الظالم أو جهل هل دفعه إليه أو أدخله في منافعه ؟ أو كان الظالم هو الذي تولى قبضه من المبتاع للمضغوط ؟ في ذلك كله أن يأخذ ماله من المشتري أو ممن اشتراه من المشتري بغير ثمن، ويرجع المشتري الثاني على المشتري من المضغوط، والمشتري من المضغوط على الظالم إلا أن يعلم أن البائع أدخل الثمن في منافعه و لم يدفعه إلى

---

tacitement, soit en laissant passer le temps de la restitution fixé par la loi ».

[1]- الآية 29 من سورة النساء.

[2]- المسند الجامع، المرجع السابق، ج 18، ص. 584.

[3]- يقابله في المذهب المالكي ما يعرف بالجبر الحلال (أي الاكراه الحلال) وفق ما يقترب من نزع الملكية للمنفعة العامة في القانون الحديث، ومثاله جبر البائع على بيع الدار لتوسعة المسجد أو الطريق أو المقبرة، الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج3، ص. 6.

[4]- الحطاب المالكي، المرجع السابق، ج 4، ص. 244،245؛ الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج3، ص. 6؛ الصادق عبد الرحمان الغرياني، المرجع السابق، ج3، ص. 219.

الظالم، فلا يكون له إلى ذلك سبيل حتى يدفع الثمن إلى المشتري ..."[1].

وفضلا عن ذلك، يتحقق الإكراه في المذهب المالكي بما يوافق ما جاء به المشرع الفرنسي في المادة 1112، ومثاله من نصوص المذهب:" .. والإكراه الذي لا حنث معه يكون بخوف مؤلم ويكفي غلبة الظن ولا يشترط تيقنه وبين المؤلم بقوله من قتل أو ضرب وإن قل أو سجن ظلما أو قيد ولو لم يطل أو صفع بكف في قفا لذي مروءة بفتح الميم في الأفصح وضمها بملإ أي جماعة من الناس لا في خلوة ولا غير ذي مروءة أي إن قل فإن كثر فإكراه مطلقا أو قتل ولده وإن سفل وكذا بعقوبته إن كان بارا. أو بأخذ لماله أو بإتلافه .." [2].

أما وقوع الإكراه على غير المتعاقد المنصوص عليه في المادة 1113 من ق م ف، فمثاله تتمة الاقتباس السابق حينما قال صاحبه " .. أو بأخذ لماله أو بإتلافه وهل إن كثر بالنسبة له وهو الظاهر أو ولو قل تردد لا بخوف قتل أجنبي أي غير الولد من أخ أو عم، وأما قتل الأب فقيل إكراه كالولد وهو الظاهر ..."[3].

وشأنه شأن المشرع الفرنسي في مادته 1114 أعلاه، لا يتحقق الإكراه في المذهب المالكي بما يعرف بالنفوذ الأدبي دون اتصاله بإكراه فعلي، ومما جاء في ذلك " يعد الإنسان مكرها إذا أجبر على البيع بحبس أو تعذيب، أو بما هو أشد من ذلك، وكذلك إذا أجبر على دفع مال، فباع من أجله متاعه، أو خاف إذا لم يبع ماله استولى عليه ظالم، وليس خوف العزل من المنصب أو الوظيفة بإكراه يبيح الظلم، لا في البيع ولا في غيره "[4].

---

[1]– الحطاب المالكي، المرجع السابق، ج 4، ص. 249.

[2]– الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج2، ص. 368؛ يوسف العبدري الغرناطي، المرجع السابق، ج6، ص. 42.

[3]– الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، المرجع السابق، ص. 368.

[4]– الصادق عبد الرحمن الغرياني، المعاملات في الفقه المالكي، المرجع السابق، ص. 52؛ وراجع في نفس

وكما هو الحال في المواد السابقة، يتوافق المذهب المالكي مع القانون المدني الفرنسي في الشق الأول من المادة 1115 أعلاه في سقوط حق إبطال العقد للإكراه حينما يجيزه المكره بعد انقطاعه من خلال اختيار الإجازة على الابطال، وفي ذلك جاء " ولا يلزم بيع المجبور على البيع جبرا حراما. ويخير فيه المكره بعد إذنه فإن أجازه جاز، وإلا بطل .."[1]. أما سقوط هذا الحق لفوات ميعاده بمرور الزمن، فلا يقره المذهب كما يظهر من نصوصه لما فيه من ظلم يلحق بالمكره، ومثال نصه من المذهب " سئل ابن عبد الرحمن عمن اضطره السلطان إلى بيع سلعته وقام بعد سبعة عشر عاما، وأنكر المشتري الإكراه فأجاب إذا ثبت الإكراه في شيء لا يلزمه مبيعه غير لازم، وإن لم يثبت فالبيع لازم له، وإن ادعى على المشتري المعرفة بذلك .." إلى أن قال ".. ويؤخذ منه أن الضرر لا يحاز، ولو طالت السنون إذا كان أصله ظلما .."[2].

ليتضح من كل ما سبق توافق المذهب المالكي والقانون المدني الفرنسي في تنظيم عيب الإكراه من خلال الأحكام الواردة في المواد 1111 إلى 1115 ق م ف، وإن كان من هامش للاختلاف فهو في جزئية إمكان سقوط حق ابطال العقد للإكراه بسبب الإجازة الضمنية المؤسسة على التقادم، ذلك أن الفقه المالكي لا يعرف هكذا حكم لكون المكره لم يجز العقد صراحة، التسليم بإجازته الضمنية للعقد على أساس فكرة التقادم وما فيها من ظلم يصطدم مع الطوع الذي يستلزمه المالكية لصحة العقود.

المعنى، يوسف العبدري الغرناطي، المرجع السابق، ج6، ص. 42؛ الحطاب المالكي، المرجع السابق، ج 4، ص. 252.

[1]- الحطاب المالكي، المرجع السابق، ص. 248، وراجع في نفس المعنى، الصادق عبد الرحمن الغرياني، نفس المرجع، ص. 51.

[2]- الحطاب المالكي، نفس المرجع، ص. 251.

الفرع الثاني
التدليس

يعرف التدليس بأنه ايقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد، ما كان المتعاقد ليقع فيه لولا الحيل التي استعملها المتعاقد الآخر، ليتضح بذلك أن التدليس لا يعتبر عيبا مستقلا من عيوب الارادة، بقدر ما هو علة لعيب آخر هو الغلط، ذلك أن الوهم في الغلط تلقائيا، أما في التدليس فهو عمديا بفعل المتعاقد الآخر[1].

وكما هو الحال في عيب الغلط، خص المشرع الفرنسي عيب التدليس بمادة وحيدة مقارنة باستفاضته في عيب الإكراه، حيث نظمه في المادة 1116 ق م ف، وعلى أساسها نظم الفقه الفرنسي عيب التدليس[2]. أما نصها فجاء فيه: " يكون التدليس سببا في ابطال العقد إذا كانت الحيل المستعملة من أحد المتعاقدين جسيمة بحيث يكون من الواضح أنه لولا هذه الحيل لما رضي المتعاقد الآخر. والتدليس لا يفترض بل يجب إثباته "[3].

---

[1]- Cf. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p.144 ; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p.240 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., pp.258-262.

[2]- راجع فيه:
DEMOGUE René, op.cit., pp.535-607 ; COLIN Ambroise et CAPITANT Henri, op.cit., pp.41-44 ; JOSSERAND Louis, op.cit., pp.52-57 ; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp,240-250 ; MAZEAUD H. L. J et CHABAS F, op.cit., pp.182-190 ; LARROUMET Christian, op.cit., pp.313-326 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.144-149.

[3] - Article 1116 : « Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté.
Il ne se présume pas et doit être prouvé ».

هذا وبصرف النظر عن اختلاف الفقه الفرنسي[1] حول التدليس في صلته المتمازجة بنظرية الغلط وإمكان استغناء إحداهما عن الأخر. سنكتفي في هذا المجال ببحث ما يقابل المادة 1116 ق م ف من الفقه المالكي. أما مجال المقارنة فهو عناصر التدليس التي استقر عليها الفقه الفرنسي[2] ممثلة في استعمال الطرق التحايلية، (ألا وهو العنصر المادي الموضوعي في التدليس). مع وجود نية التظليل من خلال قصد المتعاقد المستعمل للتدليس التحايل على المتعاقد الآخر ودفعه للتعاقد (وهو ما يعرف بالعنصر المعنوي النفسي في التدليس).

وباستعمال الطرق التحايلية بنية التظليل يتحقق التدليس، لتكون العبرة في هذه الطرق أن تستخدم بقصد التدليس بغض النظر عن أنواعها المختلفة التي لا يمكن حصرها، ومنها انتحال شخصية أو تقديم وثائق مزورة. ذلك أن المعيار في التدليس هو شخصي يتمثل في تأثر المتعاقد الآخر بالوسائل التحايلية التي استعملها المتعاقد المتحايل بنية الخداع. على أن الاجتهاد القضائي الفرنسي اشتهر في هذا المجال بإضافة طرق تخضع لسلطة تقدير القاضي قد تعتبر تدليسا ممثلة في الكذب غير المألوف في طبيعة المعاملة[3]، والكتمان المبني على سكوت عمدي عن وقائع لو علمها المتعاقد الآخر لما أبرم العقد[4].

---

[1] - DEMOGUE René, op.cit., pp.573-575 ; JOSSERAND Louis, op.cit., pp.56-57 ; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p.247 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.147-148.

[2] - PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.241-243 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p.149 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., p.258.

[3] - Cass. Civ., 1 re, 22 juin 2004, n° de pourvoi: 01-17258 ; Cass. Civ., 1 re,6 novembre 2002 , n° de pourvoi: 00-10192 ; Cass. Civ., 3ème, 21 février 2001, n° de pourvoi: 98-20817 ; Cass. Com., 15 janvier 2002 , n° de pourvoi: 99-18774 ; Cass. Civ., 1 re, 3 mai 2000 , n° de pourvoi: 98-11381 ; www.legifrance.gouv.fr.

[4] - Cass. Civ., 3ème, 2 octobre 1974 ; Cass. Civ., 3ème, 17 janvier 2007, cités par CAPITANT Henri, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, op.cit., pp.61-67.

أما عما يقابل مضمون المادة 1116 ق م ف في الفقه المالكي، فجدير بالذكر بداية أن الفقه الإسلامي عامة يعرف التدليس من خلال مصطلح التغرير[1]، وإن نظمه الفقه المالكي منه في بعض المواطن باسم التدليس[2].

ويعرف الفقه المالكي التدليس باستعمال طرق تحايلية وفق ما يسميه بالتغرير الفعلي، وهو:" أن يفعل البائع في المبيع فعلا يظهر للمشتري الترغيب فيه، وفي الواقع ليس هو كذلك، وذلك مثل صبغ الثوب القديم ليظهر أنه جديد، وإجلاء المعدن وتلميعه وبيعه على أنه جديد، ومثل تصرية الحيوان، وهو ترك حلبه قبل تسويقه ليعظم درعه، فينخدع به المشتري ويظنه كثرة لبن، وللمشتري الرد في التغرير الفعلي.."[3].

ثم فضلا عن ضرورة استعمال الطرق التحايلية وفق مسمى التغرير الفعلي في المذهب المالكي، يشترط فقهاء المذهب لقيام حق الرد للمشتري إذا وقع التدليس من البائع وهو يقصد. ومؤداه أن العاقد قصد تظليل العاقد الآخر في حقيقة المعقود عليه بما يدفعه إلى التعاقد حيث جاء في ذلك " وهو أن يفعل البائع في المبيع فعلا يستر به عيبه فيظهر في صورة السالم. قصر هذا الكلام فيما يستر العيب فقط وشمول الفعل لا يستر عيبا، وإنما يظهر كمالا ..." إلى أن قال " هذا إن ثبت أن البائع فعله، أو أمر به ..."[4].

---

[1]- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، المرجع السابق، ط 4، ص. 218 وما يليها.

[2]- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 2، المرجع السابق، ص. 149.

[3]- الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، المرجع السابق، ج3، ص. 467؛ وراجع في نفس المعنى، الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج3، ص. 115؛ الحطاب المالكي، المرجع السابق، ج 4، ص. 437، 438.

[4]- الحطاب المالكي، المرجع السابق، ص. 438؛ وفي ذات السياق" (قوله إ ذ فعله إلخ) شرط في قول المصنف فيرده أي يثبت للمشتري الرد إن فعله السيد أي إن ثبت أن السيد فعله، أو أمر بفعله ... فإن لم يثبت أن السيد فعله ولا أمر بفعله فلا رد للمشتري ... فإن تنازع البائع والمشتري في كون البائع أمره بفعله، أو لا

ولعل ما يلاحظ في هذا المجال كذلك، أن الفقه المالكي هو الآخر يجعل معيار التدليس ذاتيا قبل قرون من تبني الفقه الفرنسي – ومن وراءه قضاءه – للمعيار الشخصي في التدليس شأنه شأن الغلط كما يظهر أعلاه، ذلك أن التغرير من العيوب الذاتية في المذهب، وجاء في ذلك قول الدردير: " ولما تكلم على العيوب الذاتية تكلم على ما هو كالذاتي، وهو التغرير الفعلي، وهو أن يفعل البائع فعلا في المبيع يظن به كمالا وليس كذلك وأنه كالمشترط بقوله ... "، حيث علق الدسوقي في حاشيته على شرح هذه العبارة بقوله " (قوله الذاتية) أي القائمة بالذات (قوله تكلم على ما هو) أي شرع يتكلم على ما هو كالذاتي وقوله، وهو أي العيب الذي هو كالذاتي التغرير الفعلي أي ظهور الحال بعد التغرير الفعلي لا نفس التغرير الفعلي كما هو ظاهر عبارته .."[1].

وبالإضافة إلى التغرير الفعلي، يعتد المذهب بما يسميه التغرير القولي، وهو ما يحدث باستعمال الكذب وإن صعب إثباته في المذهب، ومثال نصه: " التغرير القولي هو مدح السلعة بما ليس فيها ليغري بها، كأن يقول صاحب السلعة هي جيدة أو مضمونة وهو يعلم أنها رديئة، مثاله أيضا أن يقول شخص لآخر عامل فلان فإنه ثقة، وهو يعلم خلاف ذلك، فهذا لا يجوز لأنه خديعة وغش ..."[2].

فالقول قول البائع ..."، الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج3، ص. 116.

[1]- الدسوقي على الشرح الكبير، نفس المرجع، ص. 115.

[2]- الصادق عبد الرحمن الغرياني، المعاملات في الفقه المالكي، المرجع السابق، ص. 300؛ وقد أشار الدسوقي في حاشيته لهذا المعنى بقوله " ومن الغرور القولي قول صيرفي نقد دراهم بغير أجر هي طيبة، وهو يعلم خلاف ذلك وإعارة شخص لآخر إناء مخروقا، وهو يعلم به، وقال إنه صحيح فتلف ما وضع فيه بسبب الخرق فلا ضمان في جميع ذلك على المشهور .."، الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ص. 116.

وما يلاحظ أخيرا، أن أثر التدليس من خلال المادة 1116 ق م ف أعلاه هو الإبطال لا البطلان[1]، مما يفهم منه إمكان عدم تمسك صاحبه به، وهو نفس المعنى الذي يقول به المالكية في خيار الرد للتغرير حينما يباشره صاحبه بالرد أو يجيزه، وفي ذلك جاء بعد تبيان أحكام التغرير الفعلي والقولي " (قوله، ثم شبه في الحكم) أي، وهو ثبوت الخيار للمشتري إن شاء رد، أو تماسك إذا ظهر الحال ..."[2].

ليتضح بذلك موافقة المذهب للمادة 1116 ق م ف أعلاه في جل الأحكام التفصيلية المنضوية تحت عيب التدليس أو التغرير باستعمال طرق تحايلية. مع وصول الاتفاق إلى ذروته في توسع كل منهما في معنى الطرق التحايلية لتشمل الكذب وفق ما يسميه الفقه المالكي بالتغرير القولي. وفي هذا الأخير شأنه شأن التغرير الفعلي يعتد المالكية بمعيار شخصي لإمكان الرد للتغرير بناء على قصد المتعاقد الآخر خداع المتعاقد الآخر وهو العنصر المعنوي في التدليس.

الفرع الرابع
الغبن

يعرف الغبن على أنه عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه[3]، وقد نظمه القانون المدني الفرنسي في المادة 1118 التي جاء بها "الغبن لا يعيب الاتفاقات إلا في بعض العقود أو اتجاه بعض الأشخاص "[4].

---

[1]- أنظر في الفرق بينهما، الصفحات 167-169 من هذه الدراسة.

[2]- الدسوقي على الشرح الكبير، نفس المرجع، ونفس الصفحة.

[3]- Cf. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p.168.

[4]- Article 1118: «La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section».

وما يلاحظ بخصوص هذه المادة فضلا عن كونها مادة وحيدة خص بها القانون المدني الفرنسي عيب الغبن في القسم المخصص لعيوب الإرادة، أن المشرع الفرنسي ضيق من حدود الغبن إلى أبعد الحدود. وهو ما جعل الفقه الفرنسي[1] يميل إلى عدم اعتبار الغبن عيبا من عيوب الرضاء إلا في إطار إبطال خاص كاستثناء مقرر بالمادة 1118 ق م ف أعلاه في دائرة ضيقة من العقود، واتجاه بعض الأشخاص.

وعن السبب الذي جعل القانون المدني الفرنسي يضيق من الغبن، فهو الفلسفة التي يقيم عليها هذا الأخير الالتزامات التعاقدية المبنية على سلطان الإرادة بما يستبعد اهتمامه بعدم تعادل التزامات المتعاقدين. فالعقد هو الوسيلة المثلى لتحقيق العدالة وضمانها بين أفراد المجتمع. وهم متساوون في الحقوق والواجبات ويتمتعون بحرية كاملة بحيث يستحيل أن يبرم أحدهم عقدا مضرا بمصالحه. وعلى ذلك يؤدي الغبن حسب فلسفة القانون الفرنسي إلى التصادم مع روح مبدأ سلطان الإرادة، وهو ما ينتج إمكان خرق الشريعة التعاقدية بمجرد وجود غبن رغم وجود للإرادة دون عيب غلط أو إكراه أو تدليس[2].

هذا وقبل الرجوع للحالات التي أخذ بها القانون المدني الفرنسي بالغبن كاستثناء انطلاقا من نص المادة 1118 أعلاه، جدير بالذكر أن نظرية الغبن من النظريات التي تميزت بجدل فقهي واسع بخصوصها[3]. ويرتبط هذا الجدل باختلاف

---

[1]- Cf. MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., p .264 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.170-171.

[2]- أنظر، أحمد الحراكي، الغبن في القانون الفرنسي والقانون الألماني، (دراسة مقارنة تحليلية نقدية)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 21، العدد الأول، 2005، ص. 114؛ وفي نفس المعنى المبرر لفلسفة القانون المدني الفرنسي في هذا المجال أنظر، درماش بن عزوز، التوازن العقدي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2014، ص. 34-37.

[3]-راجع في تفصيل النظريتين، عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للعقد، ج 1، المرجع السابق، ص. 452-449.

الفقه الغربي[1] عامة حول صبغ الغبن بصبغة مادية وأخرى شخصية، حيث تنظر النظرية المادية للقيمة المادية التي أعطاها المتعاقد وما أخذه، فإذا اختل التعادل بين القيمتين إلى درجة محددة كان هناك غبن. ومن ثمة أدى عدم التكافؤ بين ما يدفعه المتعاقد وما يتحصل عليه إلى حقه في إبطال العقد بغض النظر عن الاعتبارات الشخصية والنفسية.

أما النظرية الشخصية فتشترط في التفاوت بين ما يعطيه المتعاقد تنفيذا لالتزامه والفائدة التي يتحصل عليها أن يكون ناتجا عن ضعف المتعاقد المغبون من جهة واستغلال المتعاقد معه لهذا الضعف من جهة أخرى[2].

ولعل ما يلاحظ بخصوص موقف المشرع الفرنسي المؤسس من المادة 1118 أعلاه، أن المشرع الفرنسي أخد بالغبن في حدود ضيقة كحالة استثنائية تخلى فيها عن تقديس سلطان الإرادة، وتجسد ذلك أكثر في الحالات التي نظمها القانون المدني الفرنسي انطلاقا من نص المادة 1118 كاستثناء يعود لاحتمالين هما[3] حماية بعض العقود من الغبن، أو حماية بعض الأشخاص .

ويتمثل الاستثناء الأول المتعلق بحماية بعض العقود من الغبن في حالتين لا تقبل دعوى الغبن إلا فيهما وهما عقدي البيع والقسمة، إذ احتفظت المواد 1674 إلى 1985 من ق م ف بالدعوى لبائع العقار وحده، ويتطلب ذلك غبنا يفوق 12/7.

---

[1]- أحمد الحراكي، نفس المرجع، ص. 118-123.

[2]- وقد تزعم القانون المدني الألماني الأخذ بهذه النظرية في الغبن، حيث اعتبره نظرية عامة تطبق على جميع العقود في مادته 138، واعتبره عيبا من عيوب الإرادة سببه استغلال أحد المتعاقدين لما في الآخر من ضعف وعدم تجربة، مما أنتج اختلالا فادحا بين الالتزامات، راجع، عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع، ص. 451.

[3] - Cf. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p.170 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., p.264.

أما الإبطال للغبن في القسمة فهو مقبول وفقا لنص المادة 2/887 من ذات القانون، حيث يكفي فيها وجود غبن يفوق الربع.

وبخصوص الاستثناء الثاني المرتبط بحماية بعض الأشخاص من الغبن وفق معنى الأشخاص المقصودين في المادة 1118 من ق م ف، فيتعلق أبرز مثاله بحماية القصر وفق معنى المادة 1305 ق م ف[1]، حيث نصت على حق القاصر غير المأذون في إبطال العقد للغبن في كل أنواع التصرفات. والقاصر يحمى هنا باعتبار أن غبنا لحق به، وليس باعتباره قاصرا.

ويكون العقد في هاتين الحالتين الاستثنائيتين معيبا إذا بلغ التفاوت بين التزامات المتعاقدين الحد الذي عينه المشرع. وأساس هذا التفاوت هو التصور المادي للغبن الذي أكد عليه الاجتهاد القضائي الشهير[2]، لا الحالة النفسية للمتعاقدين، وبذلك يكون هذا الغبن قائما في العقد لا في الرضاء كما تقدم.

وعلى ذلك، نجد القانون الفرنسي يميز الغبن بأمرين، أولهما أن الغبن لا يؤثر إلا في صحة بعض العقود ذكرت على سبيل الحصر. والثاني أنه حتى في الحالة التي يأخذ بها المشرع بالغبن نجده يأخذ فيه بالنظرية المادية دون النظرية الشخصية، فيكفي أن يكون هناك غبن مادي، سواء وجد وراءه عيب في رضاء المتعاقدين من غلط أو تدليس أو إكراه أم لم يكن هناك عيب ما. كما حدد هذا القانون قدرا معينا في العقود المحمية من الغبن يتطلب أن يصل إليه التفاوت في كل الأحوال، دون ترك الأمر

[1] - Article 1305 : « La simple lésion donne lieu à la rescision en faveur du mineur non émancipé, contre toutes sortes de conventions ».

[2] - Req. 28 décembre 1932 ; Cass. Civ., Ire, 7 juin 1966, cités par CAPITANT Henri, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, op.cit., pp.674-678.

لظروف كل حالة على حدا[1].

هذا وقبل التعرض لتنظيم الغبن في الفقه المالكي بما يقابل موقف القانون المدني الفرنسي أعلاه، جدير بالذكر بداية أن الأصل في الشريعة الإسلامية هو عدم إعطاء الغبن مساحة كبيرة في التأثير على صحة العقود. وهذا ملائم لروح التجارة التي يجب أن تكون مبنية على حرية التعاقد. فالتجارة بوجه خاص والمعاملات بوجه عام تقصد إلى الكسب، وأن كل عاقد فيها يسعى إلى تحصيل الربح والمنفعة ما وجد إلى ذلك سبيل، إلا أنه وفي أحوال استثنائية تُلابِس هذا التبادل الحر ظروف تجعله يضطرب، حيث يختل معه التوازن الاقتصادي فيقع الظلم على أحد العاقدين دون الآخر ويكون في ذلك سببا لتدخل الشرع لأجل رفع الظلم ومنع الغبن الناتج عنه [2].

وانطلاقا من هنا نجد الشريعة الإسلامية تحارب الغبن بكل شدة في أحد مظاهره الأكثر شيوعا وهو الربا، فتحرم العقود الربوية في أي شكل من أشكالها المختلفة[3]، أما في غير ذلك فلا تحرم الغبن إلا إذا كان نتيجة للتغرير[4]، حيت تتبع في هذا النظرية الشخصية السابق التعرض إليها.

ولقد اعتبرت الشريعة الربا الفاحش سببا من أسباب فسخ العقود بخيار الغبن حينما فرق الفقهاء فيها بين الغبن اليسير والآخر فاحش. وللتمييز بين النوعين، يوجد

---

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للعقد، ج 1، المرجع السابق، ص. 453، 454.

[2]- صبحي محمصاني، المرجع السابق، ص. 433.

[3]- أنظر، محمدأبو زهر ة، تحريم الربا تنظيم اقتصادي، الدار السعودية للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية ،1985؛ ولنفس المؤلف، محمدأبو زهر ة، بحوث في الربا، دار الفكر العربي، القاهرة، د.س.ط؛ محمد سعيد رمضان البوطي، محاضرات في الفقه المقارن، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1981، ص. 40-67؛ بن عباس الحكمي، البيوع المنهي عنها في الشريعة الإسلامية وأثر النهي فيها من حيث الحرمة والبطلان، د.د.ط، 1994، ص. 54-94.

[4]- عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص. 359 وراجع كذلك في التغرير، الصفحة 156 من هذه الدراسة.

في الفقه الإسلامي نظريتان تأخذ كلتاهما بالمعيار المادي[1]، بحيث ترصد الأولى نسبة معينة إذا جاوزها الغبن كان فاحشا وإذا لم يبلغها كان يسيرا. وتذهب الثانية إلى أن الغبن اليسير هو ما يدخل تحت تقويم المقومين من أهل الخبرة بالأشياء وأسعار السوق بحيث لا يؤثر في صحة العقود ولا يمكن تجنبه في المعاملات، فلو اشترى شخص شيئا بألف وعرضه على أهل الخبرة فقومه بعضهم بتسعمائة وخمسين وقومه البعض الأخر بألف، كان غبنا يسيرا لدخول قيمته تحت تقويم المقومين. أما الغبن الفاحش فهو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين، كمن يشتري شيئا بألف فيقدره أهل الخبرة بسبعمائة ويقدره آخرين بستمائة فإن هذا يعد غبنا فاحشا لأن الألف لم تدخل تحت تقويم أحد[2].

وتأسيسيا على فلسفة الشريعة الاسلامية في الغبن، بنى المذهب المالكي موقفه منه بالانطلاق من عدم الاعتداد به إلا في ظروف ضيقة كما كان الحال عليه في القانون المدني الفرنسي أعلاه. وجاء في تعريف الغبن عند المالكية " الغبن بفتح الغين وسكون الباء عبارة عن بيع السلعة بأكثر مما جرت العادة أن الناس لا يتغابنون بمثله، أو اشتراها كذلك، وأما ما جرت به العادة فلا يوجب ردا باتفاق "[3].

أما حق الرجوع على البائع للغبن فلا يكون استثناء في الفقه المالكي إلا في بعض العقود المشتملة على غبن فاحش، وضابطه عند بعض المالكية هو ما زاد عن ثلث قيمة المبيع[4]، ذلك أن المعاوضات لا تقوم إلا على ترجيح وجود غبن يسير في الشريعة الإسلامية عامة كما اتضح أعلاه.

---

[3]- منذر الفضل، المرجع السابق، ص. 191.

[2]- عبد الودود السريتي، المرجع السابق، ص. 208، 209؛ عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص. 355، 356.

[3]- الحطاب المالكي، المرجع السابق، ج 4، ص. 469.

[4]- الحطاب المالكي، نفس المرجع، ص. 472.

ويتحقق الغبن الفاحش في المذهب المالكي في صور يتمثل أهمها في حالتين اتفق فقهاء المذهب عليهما تتمثلان في الغبن الفاحش الذي يلحق بيع المسترسل وبيع القاصر (مما يقربهما من الاستثناء الذي قالت به المادة 1118 ق م ف أعلاه تحت عنوان حماية الأشخاص من الغبن). أما بقية الصور فتتعلق بعقود أكثر من تعلقها بحماية أشخاص (وهو ما يقرب تصنيفها من الاستثناء الذي علقته المادة 1118 ق م ف أعلاه بحماية بعض العقود من الغبن). ومن هذه الأخيرة الغبن في كل من بيع تلقي الركبان[1]، وبيع النجش[2].

فبخصوص بيع المسترسل وهو أشهر ميدان العقود التي يقول فيها المذهب المالكي بالغبن. ينطلق فقهاء هذا الأخير من تعريف المسترسل باعتباره المتسلم لبائعه المستأمنة والمطمئن إليه نتيجة جهله بقيمة المبيع أو عدم إحسانه المساومة. وقيام الغبن في هذا النوع من البيوع يستوجب قيام خيار الرد[3].

أما خيار الغبن للقاصر فأثبته المالكية حماية لهذا الأخير خوفا مما قد يلحقه من ضرر جراء بيع الوصي أموال القاصر بغبن فاحش على غير المعتاد المقوم بين الناس. ويلحق المالكية ثبوت هذا الخيار للموكل في عقود التوكيل إذا باع الوكيل بغبن

---

[1]– وهو تلقي التجار للوافدين إلى المدينة بغية شراء سلعهم بثمن أقل من سعر السوق، ثم بيعها لأهل المدينة بثمن مرتفع، راجع فيه من المذهب المالكي، ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج3، ص. 183، 184.

[2]– بيع النجش " هو أن يزيد أحد في سلعة، وليس في نفسه شراؤها، يريد بذلك أن ينفع البائع ويضر المشتري ..."، ابن رشد القرطبي، نفس المرجع، ص. 185.

[3]– ومما جاء في ذلك " وأما بيع الاستئمان والاسترسال فهو أن يقول الرجل: اشتر مني سلعتي كما تشتري من الناس فإني لا أعلم القيمة فيشتري منه بما يعطيه من الثمن وقال ابن حبيب: إن الاسترسال إنما يكون في البيع أن يقول الرجل للرجل: بعني كما تبيع الناس، وأما في الشراء فلا، ولا فرق بين البيع والشراء إذا كان الاسترسال. والاستنامة واجبا بالإجماع لقوله – صلى الله عليه وسلم – «غبن المسترسل ظلم» ..."، الحطاب المالكي، ج4، المرجع السابق، ص. 470.

فاحش يخالف المعتاد[1].

ليتضح من كل ما سبق، أن القانون المدني الفرنسي يوافق الفقه المالكي في التضييق من الغبن بغية عدم التأثير عن الحرية التعاقدية الملائمة لروح التصرفات القانونية، أما الاستثناء فيكن في الأخذ بالغبن في حالات تعود عندهما إما إلى حماية بعض العقود أو حماية بعض الأشخاص، وأن تأسيس تلك الحالات الاستثنائية على معيار مادي يبتعد عن ربط الغبن بضرورة توفر عيب من عيوب الإرادة ثابت عندهما وفق التماثل الواضح أعلاه، مع ملاحظة تعلق التشابه في الموقف بخصوص صحة العقد في جل عناصره كما اتضح في المبحث الأول، وهو ما يستدعي البحث عن مدى وجود تشابه مماثل في العناصر المنضوية تحت نظرية البطلان، كجزاء للاخلال بصحة العقد.

المبحث الثاني
بطلان العقد

رغم أن شراح القانون المدني الفرنسي خصوا نظرية بطلان العقد[2] بقدر كبير من العناية جعلها تعتبر من النظريات المشهورة في نظرية العقد، إلا أن القانون المدني الفرنسي لم يخص البطلان بنظرية أو حيز قانوني مماثل للنظرية التي وضعها شراحه.

---

[1]- الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج3، ص. 140؛ الحطاب المالكي، نفس المرجع، ص. 472.

[2]- راجع فيها:

FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.229-277 ; MAZEAUD H. L. J et CHABAS F, op.cit., pp.295- 330 ; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit. pp.357-415 ; COLIN Ambroise et CAPITANT Henri, Tome1, op.cit., pp.73-81 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., pp.331-361 ; JAPIOT René, Des nullités en matière d'actes juridiques, Essai d'une théorie nouvelle, Thèse de doctorat, Droit, Dijon, Paris, 1909.

ذلك أن المشرع الفرنسي نظم تطبيقات البطلان في مواده 1108-1118، 1125، 1126-1133 ق م، ليتعرض بعد ذلك حين تطرقه لأسباب انقضاء الالتزام لدعوى البطلان في بعض نصوصه بداية من المادة 1304 إلى 1314 ق م.

هذا وليس من السليم منهجيا ربط البطلان بانقضاء الالتزام، والسبب أن البطلان لا يقضي الالتزام بل يعدل أثره، ويتجسد ذلك في كونه وسيلة تحتمل الفعالية الإيجابية، احتمالها الوقائية السلبية. أما عن شقه الإيجابي فيكمن في كونه وسيلة علاجية تحافظ على صحة العقود وإرجاع وضعها إلى ما كانت عليه قبل التعاقد حينما يختل في العقد ركن من الأركان. أما شقه السلبي فيمكن في تهديد الحياة التجارية بدعاوى البطلان القضائية[1].

أما عن مدى تأثر القانون المدني الفرنسي في تنظيمه لهذه النظرية بأحكام الفقه المالكي، فنحاول التعرض إليه من خلال أهم عناصرها الأساسية بداية بتقسيم البطلان (المطلب الأول) ثم أحكامه (المطلب الثاني). وذلك بالتوقف في كل عنصر من هذه العناصر عند أحكام القانون المدني الفرنسي وفقهه، ثم ما يقابله من أحكام في الفقه المالكي. ومن ثمة البحث عن مدى تأثر الأول بأحكام هذا الأخير.

المطلب الأول
تقسيم البطلان

ونبحث في مراتب البطلان في القانون المدني الفرنسي (الفرع الأول)، لننتقل بعدها لتدرج العقد من البطلان الى الصحة في الفقه المالكي (الفرع الثاني).

[1] - Cf. JAPIOT René, op.cit., pp.82 et s.

الفرع الأول
مراتب البطلان في القانون المدني الفرنسي

بالرجوع إلى التطور التاريخي لنظرية البطلان[1]، نجد أن تقسيم البطلان مر بمراتب متعددة تدرجت وفقا لما ينتجه العقد الباطل من آثار. فقد كان القانون الروماني[2] لا يعرف إلا نوعا واحدا من البطلان، ألا وهو البطلان المطلق، بحيث إذا لم يستوف العقد الشكل المرسوم أو نقض ركن من أركان تكوينه كان باطلا بحكم القانون. ثم ظهر من بعد ذلك إلى جانب البطلان المطلق وسيلة يحمي بها القانون الروماني القاصر الذي لم يبلغ 25 سنة مما يصيبه من ضرر من جراء العقود التي برمها عن طيش. ولكن هذه الدعوى كانت لا تعطي للقاصر إلا إذا أصابه غبن من جراء العقد الذي يطعن فيه ويطالب بذلك في مدة قصيرة، ومن هنا وجد الفرق بين العقد الباطل بحكم القانون، وبين العقد الذي يجوز إبطاله بدعوى ترفع إلى القاضي[3] .

واستمر هذا التمييز باقيا في القانون الفرنسي القديم، عند (DOMAT)[4] وعند (POTHIER)[5]، ومن ذلك أخد الفقه يصوغ نظرية البطلان، معتمدا على التمييز المشتق من القانون الروماني، وأضاف إلى البطلان بنوعيه، انعدام العقد[6]

[1] – Cf. JAPIOT René, op.cit., pp.49 et s ; JOSSERAND Louis, Tome1, op.cit., pp. 103-106 ; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit. pp.357-368 ; MAZEAUD H. L. J et CHABAS F, op.cit., pp.301-302.

[2] – Cf. MAZEAUD H. L. J et CHABAS F, op.cit., p.301.

[3]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ج2، ص. 602، 603.

[4]– دوما، القوانين المدنية، الكتاب الأول، الباب الأول، الفصلين الخامس والسادس، مقتبس عن عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع، ص. 603.

[5]– Cf. POTHIER Robert Joseph, op.cit., pp.17-37.

[6]– مع الإشارة في هذا المجال إلى أن نظرية الانعدام وان انتقدت كما سيظهر من خلال ميل القانون المدني الفرنسي في تقسيم البطلان إلى مطلق ونسبي. إلا أن تعلقها التاريخي بالبطلان جعل لها حيزا تطبيقيا في القانون المدني الفرنسي، وللتفصيل راجع،

لاسيما في عقود الزواج [1].

وعلى ذلك خلص الفقه في تقسيم البطلان إلى ثلاثة أنواع هي، الانعدام، والبطلان المطلق، والبطلان النسبي. فيكون العقد منعدما إذا تخلف ركن من أركانه، ويكون باطلا بطلانا مطلقا إذا استوفى كل أركانه، لكن أحد هذه الأركان لم يستوف شروطه اللازمة كعدم مشروعية المحل أو السبب، ليأتي بعد ذلك البطلان النسبي، وهو الذي يكون فيه رضاء أحد المتعاقدان مشوبا بعيب من عيوبه وفق ما نصت عليه، أو نقص أهلية صاحبه[2].

ولقد انتقد الفقه هذا التقسيم الثلاثي للبطلان من نواح متعددة، أهمها الانتقاد الذي يرمي إلى هدم التمييز بين الانعدام والبطلان المطلق وجعل الاثنين في مرتبة واحدة ما داما يخلصان إلى نتيجة واحدة هي الانعدام. وعلى هذا سار معظم الفقه ليقسم البطلان إلى بطلان مطلق وآخر نسبي وهذا ما يصطلح عليه بالتقسيم الثنائي[3].

هذا ورغم ميول القانون المدني الفرنسي إلى التقسيم الثنائي للبطلان وفق التطور التاريخي السابق. يلاحظ أن المشرع الفرنسي لم يتوخ الدقة في التعبير عن النوعيين من البطلان، فهو تارة يستعمل كلمة البطلان ويقصد بها البطلان المطلق كما في المادة 1601 من ق م، أو البطلان النسبي كما في المادة 1599 من نفس القانون،

POSEZ Alexis, L'Inexistence du contrat, Thèse de doctorat, Droit, Université Panthéon-Assas, Paris II, 2010.

1- Cf. CARBONNIER Jean, op.cit., pp.210-212 ; JOSSERAND Louis, T1, op.cit., pp.103-106 et s ; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.365-361.

2-Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.361-365 ; CARBONNIER Jean, op.cit., p.203 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., pp.335-336.

3- Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.365-367 ; LARROUMET Christian, op.cit., pp.514-516.

وتارة أخرى يستعمل البطلان الأصلي أو البطلان بحكم القانون (م 502 و 1117 ق م) ويقصد بذلك البطلان المطلق[1].

ليكون العقد بذلك باطلا بطلانا مطلقا إذا تخلف ركن من أركانه أو اختل في الركن شرط من شروطه، مثلما هو الحال في عدم تعيين المحل أو مخالفة السبب للنظام العام كما اتضح سابقا[2]. ويكون العقد قابلا للإبطال إذا وجدت أركانه وشروطها لكن ركن الرضا يختل بصدوره من ناقص أهليه أو وجد عيب من عيوب الرضاء تشوب إرادة أحد المتعاقدين. مع الإشارة في هذا المجال إلى أن المادة 1117 ق م ف[3] نصت صراحة على الإبطال للغلط أو التدليس أو الإكراه. ويضاف لها الابطال للغبن[4]، والإبطال لنقص الأهلية [5]وفق ما تم الطرق له سابقا في مجالهما.

الفرع الثاني
مراتب البطلان في الفقه المالكي

ما يلاحظ على نظرية البطلان في الفقه الإسلامي عامة[6] ومنه المالكي أنها

---

[1]- Cf. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.232-237 ; LARROUMET Christian, op.cit., pp.508,509.

[2]-راجع الصفحة 120 و122 من هذه الدراسة.

[3]- Article 1117: « La convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle de plein droit ; elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision, dans les cas et de la manière expliqués à la section VII du chapitre V du présent titre ».

[4]- راجع الصفحة 158 من هذه الدراسة.

[5]- راجع الصفحة 131، 132 من هذه الدراسة.

[6]- أنظر، محي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد، مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 1994، ص. 398؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 4، المرجع السابق، ص. 124 وما يليها؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج4، ط 2، ص. 234 وما يليها؛ مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص. 701 وما يليها؛ صبحي محمصاني، المرجع السابق، ص.

أوسع نطاقا من نظيرتها في الفقه الفرنسي، حيث تشمل أحكام كثيرة منها إلغاء العقد، وعدم سريانه في حق الغير، وفسخه وانفساخه، والشرط الفاسخ والشرط الواقف. كما أنها أكثر تدرجا من حيث البطلان والصحة. فالعقد فيها يتدرج من البطلان إلى الفساد، ثم من الفساد إلى الوقف ثم من الوقف إلى النفاد ثم من النفاد إلى اللزوم، وكل من العقد الباطل والعقد الفاسد غير صحيح. وكل من العقد الموقوف والعقد النافذ والعقد اللازم عقد صحيح.

ذلك أن العقود تقسم مبدئيا بحسب الوصف الذي يعطيه الشرع لها بناء على مقدار استيفائها لأركانها وشروطها وترتيب آثارها إلى عقد صحيح، وآخر غير صحيح، ولا خلاف حول ذلك في الفقه الإسلامي كله[1]. أما ما وقع الخلاف في تقسيمه بين الفقهاء، فهو العقد غير الصحيح، كونه درجة واحدة أم تتفاوت درجاته على النحو الذي سنحاول التعرض إليه لاحقا، مع التركيز على نصوص المذهب المالكي في هذه المراتب.

أولا: العقد غير الصحيح:

يعرفه جمهور الفقهاء[2] ومنهم المالكية على أنه ما اختل أحد عناصره الأساسية أو شرط من شروطه.

ويمكن إرجاع العناصر الجوهرية في العقد وفق لما سبق دراسته في المذهب المالكي

266 وما يليها.

[1]– أنظر، عبد الودود السريتي، المدخل لدراسة بعض النظريات في الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص. 194.

[2] – وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج4، ط 2، ص. 235؛ عبد الرحمن الجزيري، الفقه الإسلامي على المذاهب الأربعة، ج2، الطبعة الأولى، دار المنار للنشر والتوزيع، 1999، ص. 185.

إلى ثلاث جهات هي:

I- صيغة العقد أو التعبير عن الإرادة: وتتم بتطابق الإيجاب والقبول في مجلس العقد، من خلال ما يعرف بركن التراضي.

II- العاقدان: وما يتعلق بتعددهما وتوفر العقل أو التمييز فيهما.

III- المعقود عليه أو الثمن والمثمن: أي محل العقد وما يتعلق من شرائطه.

وانطلاقا من ذلك، إذا توافر للعقد أركانه مستوفية لشروطها كان صحيحا. أما إذا تخلف عنصر منها كان العقد باطلا لا وجود له[1]. ويشمل العقد غير الصحيح في المذهب المالكي وجمهور الفقهاء غير الحنفية نوعا واحدا هو الباطل أو الفاسد، حيث يأخذ حكما واحدا هو البطلان[2].

وأساس الخلاف بين الجمهور والحنفية راجع لقضية أصولية، وهي فهم أثر النهي الصادر من الشارع، كالنهي عن شراء السمك في الماء، أو عن بيعتين في بيعة، أو كتحريم بيع الخمور والميتة والخنزير وغيرها، فهل النهي يقتضي فساد المنهي عنه بعدم اعتباره والوقوع في الإثم معا، أو أنه يقتصر على إثم صاحبه مع اعتباره أحيانا ؟ ثم هل يستوي النهي عن ركن من أركان العقد مع النهي عن وصف عارض للعقد لازم له أو غير لازم ؟ [3].

---

[1] – عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج2، ص. 130-142؛ محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص. 398؛ عبد السند حسن يمامة، المرجع السابق، ج6، ص. 90 وما يليها؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 4، المرجع السابق، ص. 125، 126.

[2]– عبد الودود السريتي، المرجع السابق، 194؛ عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص. 367؛ مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص. 730.

[3]– وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج4، ط 2، ص.235؛ علي بن عباس الحكمي، المرجع السابق، ص. 7 وما يليها؛ مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص. 730.

حيث قال جمهور الفقهاء[1]، ومنهم المالكية أن نهي الشارع عن عقد ما، يعني عدم اعتباره أصلا، مع إثم من يقدم عليه، ثم لا فرق بين النهي عن ركن من أركان العقد، أو النهي عن وصف عارض في للعقد ملازم له أو مجاور. وعلى ذلك إذا وقع عقد منهي عنه فهو باطل أو فاسد لا يترتب عليه أي أثر، لأن نهي الشرع عنه يجعله غير مشروع أو غير موجود[2].

أما الحنفية[3]، فيذهبون إلى أن نهي الشارع عن عقد ما، قد يعني إثم من يرتكبه فقط لا إبطاله، ثم يوجد فرق بين النهي الراجع لأصل العقد (أي الخلل في الصيغة أو في العاقد أو في المحل)، مما يقتضي بطلان العقد وعدم وجوده شرعا وعدم ترتب أي آثر عليه، وبين النهي العائد لأمر آخر كوصف من أوصاف العقد ملازم له، فيقضي بطلان هذا الوصف فقط، ولا يتعدى البطلان إلى أصل العقد، لأنه استكمل عناصره الأساسية، فيكون العقد فاسدا فقط.

فبيع عديم الأهلية مثلا أو بيع الميتة أو الخمر أو الخنزير أو السمك في الماء، بيع باطل لوجود الخلل في أصل العقد. أما البيع المشتمل على جهالة في الثمن، أو المؤدي إلى النزاع في العقد كبيعتين في بيعة، بيع فاسد لأن الخلل راجع لوصف في العقد خارج عن ذاته و أركانه. أما إذا كان النهي بسبب أمر مجاور للعقد غير لازم له وليس شرطا فيه كان حكمه كراهة الإقدام عليه في هذه الحال، كالبيع في وقت النداء

---

[1]- أنظر، شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، على متن منهاج الطالبين للإمام أبي زكريا، يحي بن شرف النووي الشافعي، اعتنى بع محمد خليل عيتاني، دار المعرفة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1997، ص. 48 وما يليها.

[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 4، المرجع السابق، ص. 147، 148؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج4، ط 2، ص. 236.

[3]- أنظر، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1986، ص. 299، 300.

لصلاة الجمعة[1].

ثانيا: العقد الصحيح:

"هو الذي استكمل عناصره الأساسية وشرائطه الشرعية. فيصبح صالحا لترتيب حكمه وآثاره عليه"[2]، وينقسم العقد الصحيح عند المالكية[3] إلى موقوف ونافذ.

I– العقد الموقوف:

حيث تقدم أن للعقد عناصر، كما أن له أوصاف تلحق بهذه العناصر. إلا أنه بالإضافة إلى ضرورة توفر عناصر العقد الأساسية، لابد من وجود ربط بين العاقد من جهة ومحل العقد وصيغته من جهة أخرى، وحتى يقوم هذا الربط يجب أن يكون للعاقد ولاية على محل العقد وولاية على نوع التصرف. أما إذا تخلف أحد هاذين العنصرين انعقد العقد صحيحا، ولكنه موقوفا.

والولاية على محل العقد تكون بأن يثبت للعاقد حق الملك في هذا المحل، أو النيابة عن المالك، وألا يتعلق بالمحل حق للغير كأن يكون مرهونا، وعلى ذلك لا ينفد عقد الفضولي مثلا إلا بإجازة المالك. أما الولاية على التصرف فتكون باستكمال العاقد القدر الواجب من التمييز لنوع التصرف الذي يباشره [4].

---

[1]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج4، المرجع السابق، ص. 148–150؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج4، ط 2، ص. 236، 237.

[2]– وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص. 234.

[3]– وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص. 240.

[4]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج 4، ص. 128؛ وأنظر تفصيل تعريف العقد الموقوف في مذاهب الفقه الإسلامي، فاطمة اسعد، نظرية العقد الموقوف في الفقه

ولا تترتب على العقد الموقوف آثاره في المذهب المالكي[1] إلا إذا أجازه من يملك إصداره، فإن لم يجز بطل العقد.

II- العقد النافذ:

هو ما صدر عن شخص يتمتع بأهلية أداء وله ولاية إصداره، سواء كانت هذه الولاية أصلية مثل العقد الصادر من الرشيد في ماله، أم ولاية نيابية كالولي أو الوصي للقاصر، أو الموكل لوكيله. وحكمه أنه يرتب جميع آثاره فور صدوره من غير توقف على إجازة أحد[2]. وينقسم العقد النافذ بدوره إلى نافذ غير لازم، ونافذ لازم.

أ- العقد النافذ غير اللازم:

فالأصل أن العقد الذي ينعقد صحيحا نافذا لا يجوز لأحد المتعاقدين أن يرجع عنه بإرادته المنفردة، ولكن هناك عقود تقبل ذلك بطبيعتها فلا تلزم أحد المتعاقدين[3]،كالوديعة[4] والعارية[5]، والوكالة[6]. ثم إن هناك خيارات، إذا تبث خيار منها لأحد المتعاقدين استطاع بإرادته المنفردة أن يرجع في العقد، وهي خيار الشرط،

الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري بتيزي وزو، الجزائر، 2015، ص. 16-20.

[1]- عبد السند حسن يمامة، المرجع السابق، ج 16، ص.91؛ الجزيري، المرجع السابق، حاشية ص. 295، 296.

[2]- عبد الودود السريتي، المرجع السابق، ص. 195؛ عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص. 368.

[3]- عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص. 369.

[4]- راجع في الوديعة من الفقه المالكي، ص. 349، 350 من هذه الدراسة.

[5]- راجع في العارية من الفقه المالكي، ص. 347، 349 من هذه الدراسة.

[6]- سبقت الاشارة للوكالة حين الحديث عن النيابة في التعاقد، وللرجوع اليها راجع الصفحة 75 من هذه الدراسة.

وخيار التعيين، وخيار الرؤية، وخيار العيب[1].

فإذا كان العقد قابلا لأن يرجع فيه أحد المتعاقدين دون توقف عن إرادة الآخر، لتوفر سبب من الأسباب المتقدمة، كان العقد نافذا غير لازم، فهو نافذا لانعقاده صحيحا ومنتجا لكل آثاره، وهو غير لازم لأن أحد المتعاقدين يستطيع وحده أن يستقل بفسخه وبذلك يكون غير لازم له [2].

ب- العقد النافذ اللازم:

فإذا استوفى العقد كل عناصر الانعقاد، والصحة والنفاذ وشرائط اللزوم، وانعقد العقد صحيحا نافذا لازما فينتج جميع الآثار التي تترتب عليه، ويلزم كل من المتعاقدين، بحيث لا يجوز الرجوع فيه إلا باتفاقهما معا على ذلك، وتعتبر هذه المرتبة ذروة الصحة والقوة في العقود [3] .

وتثبت صفة اللزوم عند المالكية بمجرد صدور العقد من العاقدين، أما الشافعية والحنابلة، فلا يلزم العقد إلا بتفرق العاقدين بأبدانهما، أو إذا تخايرا فاختارا لزومه عملا بأحكام خيار المجلس المتقدم التعرض إليها[4].

---

[1]- راجع في هذه الخيارات من المذهب المالكي؛ مالك بن انس الأصبحي، المرجع السابق، ج3، ص. 206 وما يليها؛ شهاب الدين احمد بن إدريس القرافي، المرجع السابق، ج5، ص. 20.

[2]-عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج 4 ص. 130، 131.

[3]- عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص.368-389؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج4، ط 2، ص.241.

[4]- راجع الصفحة 43 من هذه الدراسة.

المطلب الثاني
أحكام البطلان

وعلى نفس نهج مراتب البطلان، نتعرض لأهم هذه أحكامه بداية بالقانون المدني الفرنسي ومن وراءه فقهه، ثم الانتقال إلى ما يقابلها في الفقه المالكي.

الفرع الأول
أحكام البطلان في الفقه الفرنسي

يختلف حكم البطلان باختلاف نوعيه بين عقد باطل لا وجود قانوني له وإن كان لو جودا فعليا، وآخر قابل للإبطال (بطلان نسبي) له الوجود الفعلي كما له الوجود القانوني إلى أن يتقرر بطلانه، وتختلف أحكام كل منهما من خلال نتائج أربعة ممثلة في أثر البطلان، وتقريره، وإجازته، وأثر التقادم فيه. وهذه النتائج مقرر بعضها في بعض النصوص[1]، ليستخلص بعضها الآخر من القواعد العامة.

فأما عن أثر البطلان فلا ينتج العقد الباطل بطلانا مطلقا أي أثر قانوني لعدم وجوده القانوني. أما البطلان النسبي فيترتب عليه كل آثاره الى حين تقرر بطلانه فتصبح هذه الأثار كأنها لم تكن. على أن أثر العقد الباطل بطلانا مطلقا أو قابلا للإبطال تقرر إبطاله لا يمتد لحقوق الغير حسن النية كما لو وضع شخص يده على عين بمقتضى وصية باطلة وهو يعتقد بصحتها ثم يتصرف فيها لآخر حسن نية. فبالرغم من بطلان الوصية هنا يحفظ حق الغير حسن نية، ومثال ذلك أيضا الشركة الواقعية التي تقوم باطلة وتنتج آثارها للغير الذي تعامل معها بحسن نية دون علم منه

[1]- كما هو الحال في المواد 1117 و1125 ق م ف.

ببطلانها[1].

ويتقرر البطلان المطلق دونما حاجة إلى حكم قضائي يقضي به، فكل من المتعاقدين أو من له مصلحة يستطيع التمسك ببطلانه، كما أن المحكمة تستطيع القضاء ببطلانه من تلقاء نفسها. أما العقد الباطل بطلانا نسبيا فله الوجود القانوني الذي يحتم تقرير بطلانه إما بالتراضي أو بالتقاضي، ويكون بالتراضي من خلال اتفاق طرفيه على إبطاله متى توفرت الأهلية فيهما، ويعتبر العقد باطلانا حينها دون حاجة لحكم يقضي بذلك. كما يكون بالتقاضي من خلال دعوى يرفعها من تقرر البطلان لمصلحته لا يملك القاضي إلا أن يقبلها اذا توفر سببها[2].

وعكس البطلان النسبي، لا تلحق البطلان المطلق الإجازة لأنه عدم والعدم لا توجده الإجازة. أما العقد الباطل بطلانا نسبيا فله الوجود القانوني مما يجعله قابل للتصحيح بالإجازة، ذلك أنها عمل قانوني يزيل به الشخص العيوب المتعلقة بعقد يمكنه الطعن فيه بالبطلان. وفيها يتنازل المتعاقد الذي تقرر الابطال لمصلحته عن حقه في إبطال العقد دون حاجة لقبول المتعاقد الآخر. كما لا يمكن العدول عنها بحجة عدم صدور قبول. على أن الإجازة تستوجب زوال السبب الذي قرر القانون من أجله القابلية للإبطال كاستكمال أهلية ناقص الأهلية أو زوال الإكراه أو انكشاف الغلط أو التدليس[3].

1- Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit. pp.407-415 ; COLIN Ambroise et CAPITANT Henri, op.cit., pp.75-79 ;

آلان بينابنت، المرجع السابق، ص. 167 وما يليها.

2- Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit. pp.373-380 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.244-249 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., pp.342-343.

3- Cf. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.250-256 : PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.385-390.

والقانون الفرنسي وإن لم يتعرض للإجازة مباشرة، إلا أنه ذكرها عرضا في قواعد الإثبات حين حديثه عن الشكل الواجب توفره في الإجازة الصريحة (المادتين 1337 و1338 ق م ف). أما الإجازة الضمنية تكون بتنفيذ العقد من قبل من يحق له التمسك ببطلانه كما لو اشترى قاصرا عينا وقام ببيعها بعد بلوغه سن الرشد. وإذا أجيز العقد الباطل بطلانا نسبيا أصبح وجوده غير مهدد بالإبطال وكان صحيحا منذ انعقاده دون أن يكون للعقد أثرا رجعيا [1].

وكما هو الحال في الإجازة، يختلف حال البطلان في التقادم بين البطلان المطلق والبطلان النسبي، ذلك أن مرور الزمن لا يصحح العقد الباطل بطلانا مطلقا كونه عدما. أما التمسك بالبطلان المطلق فيسقط بالتقادم شأنه شأن كل حق ويمكن تفسير سكوت المتعاقد عن التمسك بالبطلان النسبي المقرر لمصلحته مدة التقادم إجازة ضمنية للعقد[2].

الفرع الثاني
أحكام البطلان في الفقه المالكي

إذا كان العقد باطلا في الفقه المالكي (وهو نفسه الفاسد في هذا الأخير) فإن

---

[1]- Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.391-393.

[2]- وهذه المدة كانت محددة في القانون المدني الفرنسي حين صدوره بعشر سنوات وفقا للمادة (1304 ق م ف)، إلا أن المشرع الفرنسي قلصها إلى نصف المدة في النص الحالي للمادة. ومدة العشرة سنوات مقدرة في المذهب المالكي كتقادم يكسب الحق أو يسقطه، فمرورها يكسب الحق كما في قوله صلى الله عليه وسلم " من حاز شيئا عشر سنين فهو له". أما اسقاطه فمثاله مما يعتبر تقادم يصحح ما يقابل العقد القابل للإبطال في القانون الفرنسي، سكوت المالك عن بيع الفضولي مدة تجاوز العشرة أعوام، وفي ذلك جاء في المذهب " .. وكذا بغيرها إذا بلغه ذلك وسكت عاما ولا يعذر بجهل في سكوته إذا ادعاه ومحل مطالبة الفضولي بالثمن ما لم يمض عام، فإن مضى وهو ساكت سقط حقه هذا إن بيع بحضرته، وا إن بيع بغيرها ما لم تمض مدة الحيازة عشرة أعوام .." الدسوقي، ج3، المرجع السابق، ص .12؛ وفي اكتساب الحقوق أو سقوطها لمرور عشرة سنوات أيضا من المذهب المالكي راجع، القرطبي، الكافي في فقه اهل المدينة، المرجع السابق، ج2، 938؛ أبو عبد الله المواق المالكي، ج8، المرجع السابق، ص125؛ الحطاب المالكي، ج6، المرجع السابق، ص. 227.

العقد لا ينتج أثرا كونه عدما يعود فيه العاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد، ويجب على المشتري رد المبيع لبائعه ويسترد ثمنه في البيع الذي لم يفت، فإن فات وجب على المشتري رد مثل السلعة إذا كانت من المثليات (كبيع الطعام جزافا)، أو رد قيمتها إذا كانت من المقومات (كالثياب والأواني)[1].

إلا أن المذهب المالكي ورغم بطلان العقد يحمي حق الغير في حالة خروج المبيع من المشتري لهذا الغير بعقد صحيح (كرهن أو إجارة لازمة) [2]. كما أن العقد رغم بطلانه قد ينتج أثرا كواقعة مادية لا كتصرف شرعي، ومثال ذلك انتقال ضمان المبيع إلى المشتري في عقد باطل[3]، ومثله أيضا وجوب العدة وثبوت النسب في عقد الزواج الباطل[4].

أما العقد الصحيح وهو عند المالكية كما اتضح سابقا إما صحيح موقوف أو صحيح نافذ، فأما الصحيح الموقوف فهو ما كان صادرا من ناقص أهلية مثلا أو تعلق

---

[1]- الحطاب المالكي، المرجع السابق، ج4، ص. 364، 382، 443؛ الدسوقي، ج3، المرجع السابق، ص 190.؛ حاشية العدوي، المرجع السابق، ج2، ص. 162.

[2]- وفيها جاء في المذهب " ... (وتعلق حق) بالمبيع فاسدا لغير المشتري (كرهنه) ولم يقدر على خلاصه لعسر الراهن فلو قدر لملائه لم يكن فوتا (وإجارته) اللازمة بأن كانت وجيبة أو نقد كراء أيام معلومة ولم يقدر على فسخها بتراض وهذا في رهن وإجارة بعد القبض، وأما قبله فيجري فيه الخلاف الآتي في قوله وفي بيعه قبل قبضه ..."، الدسوقي، ج3، المرجع السابق، ص 74.

[3]- وفي هذا جاء " وإنما ينتقل ضمان الفاسد بالقبض هذا قول ابن القاسم وأما الملك فقال في التوضيح وإن قلنا إن الضمان في البيع بيعا فاسدا ينتقل بالقبض فالملك لا ينتقل بذلك ..."، الحطاب المالكي، المرجع السابق، ج4، ص. 380؛ وراجع أيضا في نفس المعنى، الدسوقي، ج3، المرجع السابق، ص 70،71.؛ الصاوي، ج3، المرجع السابق، ص.111؛ الخرشي المالكي، المرجع السابق، ج5، ص. 86.

[4]- خلف بن أبي القاسم محمد، الأزدي القيرواني، أبو سعيد ابن البرادعي المالكي، التهذيب في اختصار المدونة، دراسة وتحقيق: الدكتور محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، ج2، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي الطبعة: الأولى، 2002، ص. 159، 428؛ الحطاب المالكي، ج3، ص. 448؛ الخرشي المالكي، المرجع السابق، ج 4، ص. 140،143؛ الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص. 499؛ المواق المالكي، المرجع الساق، ج5، ص. 486؛ القرطبي، الكافي في فقه اهل المدينة، المرجع السابق، ج2، ص. 533.

حق للغير بمحله كأن يكون مملوكا للغير (بيع الفضولي). وحكم تصرف ناقص الأهلية يختلف باختلاف نفعيته وضرره عليه، فيكون صحيحا إذا كان نافعا له نفعا محضا (كقبول الهبة وقبول الإبراء من الدين). وليس له أن يباشر ما كان ضار به ضرا محضا (كأن يهب ماله، أو يقرضه، أو أن برئ مدينه). أما الأعمال الدائرة بين النفع والضرر فتعقد موقوفة على إجازة وليه أو وصيه حينما يكون هذا الأخير مخيرا فيها بين إجازتها إن رآها مفيدة للصبي المميز ومن في حكمها وإلا فلا (ومثال هذه التصرفات البيع والشراء والاستئجار وغيرها)[1]، ليشابه في ذلك العقد القابل للإبطال[2] في القانون المدني الفرنسي.

وكما هو حال بيع ناقص الأهلية يتوقف بيع الفضولي على الإجازة، والفضولي في هذا المجال هو" الذي يبيع شيئا لغيره أو يشتريه له من غير إذنه "[3]، وبيع الفضولي كشرائه في المذهب المالكي متوقف على إجازة المالك[4].

1- أنظر، عبد السند حسن يمامة، موسوعة شروح الموطأ للإمام مالك بن أنس، التمهيد والاستذكار لأبي يوسف بن عبد الله بن عبد البر، القبس لأبي بكر محمد عبد الله ابن العربي المالكي، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، الجزء السابع عشر، مركز البحوث والدراسات العربية الإسلامية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2005، ص91؛ ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج2، ص. 282.

2- في أوجه الشبه وأوجه الاختلاف بين العقد الموقوف والعقد القابل للإبطال راجع، فاطمة اسعد، المرجع السابق، ص. 63-67.

3- الصادق عبد الرحمان الغرياني، المعاملات في الفه المالكي، المرجع السابق، ص. 69.

4-" شراء الفضولي.. حكمه ..: من باع سلعة لغيره بغير إذنه فإن البيع ينعقد ولا يكون للمبتاع أن ينحل عنه إذا أجاز ذلك ربها، وكذلك إذا اشترى له سلعة بغير إذنه فلا يكون للمبتاع حل الصفقة إذا أخذها المبتاع لنفسه انتهى. فإن لم يجز الشراء لزمت السلعة المشتري الفضولي، ولا رجوع لرب المال على البائع بما دفعه له المشتري إلا أن يكون المشتر ي أشهد عند الشراء أنه إنما اشترى لفلان بماله، وأن البائع يعلم ذلك أو صدق المشتري فيه أو تقوم بينة أن الشيء الذي اشترى به ملك المشتري فإن أخذ المشترى له ماله، ولم يجز الشراء انتقض البيع فيما إذا صدق البائع، ولم ينتقض في قيام البينة أن المال له بل يرجع على المشتري بمثل الثمن، ويلزمه البيع هذا قول ابن القاسم وأصبغ..."، الحطاب المالكي، المرجع السابق، ج4، ص. 364؛ وراجع أيضا في توقف بيع الفضولي على اجازة المالك؛ ابن جزي، المرجع السابق، ص. 163؛ الخرشي المالكي، المرجع السابق، ج5، ص18؛ عليش أبو عبد الله المالكي، ج4، ص. 457-459.

وأما الصحيح النافذ، فقد تقدم أن حكم العقد النافذ هو ترتب جميع آثاره فور صدوره من غير توقف على إجازة أحد، إلا أن العقد النافذ يختلف حكمه باختلاف نوعيه المذكورين سابقا.

وما يستخلص بالمقارنة بين مراتب البطلان في كل من الفقه المالكي والفقه الغربي، أن كل من الفقهين يبدأ بتحديد أركان العقد وشرائط الأركان، ليميز بذلك بين العقد الباطل والعقد غير الباطل. فالعقد الذي جمع كل الأركان والشروط هو عقد صحيح غير باطل، أما العقد الذي نقص فيه ركن أو اختل فيه شرط، اعتبر باطلا في الفقه الإسلامي، وهو نفسه البطلان المطلق في الفقه الغربي.

ليأتي بعد ذلك العقد الموقوف في الفقه المالكي، وهو عقد وإن كان غير معروف بذلك الوصف في الفقه الفرنسي، إلا هذا الأخير يعرف ما يقاربه شبها في بعض الأحيان، ألا وهو البطلان النسبي أو القابلية للبطلان كما هو الحال في نقص الأهلية مثلا. ليأتي العقد غير اللازم في الفقه المالكي ويقابل نظيره الفرنسي بخصوص العقد القابل للإبطال في أحيان أخرى، ومثالها خيار الغبن وخيار العيب في الفقه المالكي، وهي تدخل في ابطال العقد لوجود عيب شاب رضاء أحد المتعاقدين في الفقه الفرنسي.

أما بقية الأحكام فتتشابه في أغلبها كما اتضح حين التعرض إليها في المذهب المالكي مقارنة بنظريتها في القانون الفرنسي، ليمكن بذلك القول إن القانون المدني الفرنسي وفقهه من وراءه يتفق مع الفقه المالكي في أغلب مبادئ البطلان. وهو الحال نفسه في المبادئ الأساسية وجل تفصيلاتها في تكوين العقد عامة، لنبحث بعد ذلك عن مدى وجود هذا التوافق بينهما في آثار العقد ؟.

البَابُ الثَّانِي

تأثر القانون المدني الفرنسي بالفقه المالكي في آثار العقد وانحلاله

إذا قام العقد صحيحا مستوفيا جميع أركانه وشروطه على الوجه المتقدم ذكره، توفرت له قوته الملزمة، ووجب على المتعاقدين تنفيذه باعتباره شريعة لهما وفق نصت عليه المادة 1134 ق م ف والتي جاء بها: " الاتفاقات التي تمت على وجه شرعي تقوم مقام القانون لمن عقدها. ولا يمكن الرجوع عنها إلا برضاء متبادل أو لأسباب يجيزها القانون. ويجب أن تنفذ بحسن النية "[1].

غير أن أسبابا عديدة قد تتوفر قبل تنفيذ العقد أو أثناءه تحول دون تنفيذه، فيترتب على ذلك انحلاله مثل ما هو الحال في انحلاله بالفسخ أو الرجوع فيه.

وكما هو الحال في المادة 1134 ق م ف أعلاه، سبقت الإشارة حين التطرق لمراتب العقد في الفقه المالكي إلى العقد النافذ اللازم، وهو العقد المستوفي لكل عناصر انعقاده المنتج لجميع آثاره، حيث يلزم المتعاقدين ولا يجوز الرجوع فيه إلا باتفاقهما على ذلك[2].

وانطلاقا من ذلك، سنحاول البحث عن أثر الفقه المالكي في القانون المدني الفرنسي بداية بآثار العقد (الفصل الأول)، لننتقل بعد ذلك لتقصي ذلك الأثر في انحلال العقد (الفصل الثاني).

---

[1] – Article 1165 : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

[2] – راجع الصفحة 175 من هذه الدراسة.

الفصل الأول

آثار العقد

من خلال المادة 1134 ق م ف أعلاه، يتضح أن الذي يتقيد بالقوة الملزمة للعقد هما المتعاقدان ومن يمثلانهما في التعاقد، فهؤلاء دون غيرهم هم الأشخاص الذين ينصرف إليهم أثر العقد، لتخضع بذلك القوة الملزمة للعقد في هذا الإطار إلى مبدأ هام هو مبدأ نسبية أثر العقد بالنسبة للأشخاص.

ثم بالإضافة إلى تعلق القوة الملزمة للعقد بمبدأ نسبية أثره من حيث أشخاصه، تمتد هذه النسبية لموضوعه أيضا من خلال عدم التزام أشخاص العقد إلا بما ورد في مضمونه، وهو ما يعرف بنسبية أثر العقد بالنسبة للموضوع[1].

وعليه، نحاول تتبع مظاهر تأثر القانون المدني الفرنسي بالفقه المالكي بالتوقف عند أثر العقد بالنسبة للأشخاص (المبحث الأول)، ثم إلى أثره بالنسبة للموضوع (المبحث الثاني).

---

[1]- راجع في مبدأ نسبية أثر العقد بالنسبة لأشخاصه وموضوعه،
PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.416,417 ; Ambroise COLIN et Henri CAPITANT, op.cit., pp.65-68 ; JOSSERAND Louis, op.cit., pp.142-144 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p.309 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., pp.407-409 ;
آلان بينابنت، المرجع السابق، ص. 184-185.

المبحث الأول

أثر العقد بالنسبة للأشخاص

تقدم سابقا أن العقد لا يتناول في أثره بوجه عام إلا طرفيه، وفي هذا السياق نص القانون المدني الفرنسي في مادته 1165 على: " ليس للاتفاقيات مفعول إلا بين الفريقين المتعاقدين، وهي لا تضر الغير على الإطلاق ولا تفيده إلا في الحالة المنصوص عليها في المادة 1121 "[1]. ثم في نفس المضمون، نصت المادة 1119 ق م ف على: " لا يجوز بوجه عام أن يلتزم شخص أو يشترط باسمه إلا لنفسه "[2]، إضافة الى المادة 1122 التي نصت على " من المفروض أن يشترط الشخص لنفسه وللورثة والخلف، إلا إذا صرح بالعكس أو ظهر ذلك من طبيعة الاتفاق"[3].

وعلى ذلك، المتعاقدان دون غيرهما هما اللذان يلتزمان بالعقد كقاعدة عامة، حيث أن العقد لا ينشئ في ذمة الغير التزاما ولا يكتسبه حقا، إلا أن هذا المبدأ يرد عليه استثناء ممثلا في الاشتراط لمصلحة الغير المشار إليه في عبارة " ... إلا في الحالة المنصوص عليها في المادة 1121" المنصوص عليها في المادة 1165 ق م ف المبينة أعلاه.

---

[1]– Article 1165 : « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 ».

[2]– Article 1119: « On ne peut, en général, s'engager, ni stipuler en son propre nom, que pour soi-même ».

[3]– Article 1122:« On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention ».

أما البحث عن مدى تأثر المشرع الفرنسي بالفقه المالكي في تنظيمه لأثر العقد بالنسبة للأشخاص، فسنحاول التعرض إليه بالتوقف عند أثره بالنسبة للمتعاقدين ومن يقوم مقامهما (المطلب الأول)، ثم أثره بالنسبة إلى الغير في تلك الأحوال الاستثنائية (المطلب الثاني).

المطلب الأول
أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين

اتضح سابقا أن أثر العقد لا ينصرف إلا للمتعاقدين من خلال مبدأ نسبية أثره على أشخاصه، إلا أن كلمة المتعاقدين تتسع في هذا المجال لتشمل أكثر من طرفيه، كون المقصود بها المتعاقدين ومن يمثلانهما في التعاقد[1]. فالمتعاقدين إذا تعاقدا انصرف أثر العقد إليهما وفق المعنى المُشار إليه في تقديم إنتقال آثار العقد إلى أشخاصه، إلا أنه كما ينصرف للمتعاقدين، ينصرف إلى خلفهما (الفرع الأول)، في ذات الوقت الذي قد ينصرف فيه إلى الدائنين في أحوال معينة (الفرع الثاني).

الفرع الأول
أثر العقد بالنسبة إلى الخلف

يقصد بالخلف في هذا المجال[2] إما خلفا بسبب عام Ayant-cause à titre universel (أولا)، وإما خلفا بسبب خاص Ayant-cause à titre particulier (ثانيا)، وهو ما سنحاول التعرض من خلال تفصيل كل منهما

[1] - Cf. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit.,p.311 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., p.413 ; JOSSERAND Louis, op.cit., p.178.

[2]-Cf. MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., p.413.

واختلافه عن الآخر وفق التالي:

أولا: أثر العقد بالنسبة إلى الخلف العام:

ونتعرض إليه بداية بتنظيمه في القانون الفرنسي، لننتقل بعد ذلك إلى الفقه المالكي من خلال مقارنة مباشرة بينهما من حيث الشبه والاختلاف.

أما القانون الفرنسي[1] فيعرف فقهه الخلف العام بكونه من يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق والتزامات وهو الوارث الذي يخلف المورث في مجموع أمواله إذا كان هو الوارث الوحيد، أو في جزء منها إذا تعدد الورثة[2]، وفي ذلك نصت المادة 1122 على انتقال آثار العقد إلى الورثة حين قولها " أن يشترط الشخص لنفسه وللورثة والخلف ..." [3].

هذا ويلاحظ أن كلمة يشترط هي ترجمة للفظ " stipulé "، لكنها تؤخذ في هذا المجال بنطاق واسع يشمل معنى التعاقد عموما. كما يتبين من خلال المادة ذاتها أن العقد لا ينصرف أثره إلى الخلف العام رغم اعتباره خلفا في أحوال مستثناة أشارت إليها المادة ممثلة في اتفاق المتعاقدين على عدم انصراف آثار العقد للخلف العام، أو إذا كانت طبيعة الحق أو الالتزام الناشئ تأبى أن ينتقل أثره من العاقد الى خلفه، إضافة الى حالة ثالثة تفرض نفسها وهي وجود نص في القانون يقضي بألا

---

[1]- راجع في الموضوع:
PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.419-420 ; JOSSERAND Louis, op.cit., pp.179-180 ; LARROUMET Christian, op.cit., pp.882-883 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p.320.

[2] -Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p.419 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., p.413.

[3] – Article 1122 : « On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers … ».

ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام[1].

وجدير بالذكر أن القانون الفرنسي[2] يعتبر الوارث مكملا لشخصية المورث ويحل محله في ذمته المالية بكل ما تعلق بها من حقوق والتزامات في غير هذه الأحوال الاستثنائية، فتنصرف إليه جميع آثار العقود التي أبرمها مورثه حقوقا كانت أو التزامات مهما بلغت هذه أو تلك. فإذا زادت التزامات المورث على قيمة جميع حقوقه، فإن الوارث يلتزم بها في ماله الخاص مثلما لو كانت ديونا خاصة نشأت مباشرة في ذمته، ذلك أن المورث يعتبر أنه لم يتعاقد لحساب نفسه فحسب، بل كان حينها ممثلا لورثته أيضا، فمن الطبيعي أن يلتزم ورثته من بعده بكل ما تعهد به دون حد أو قيد، إلا إذا تحفظوا على قبول ميراثه بأن قبلوه بشرط الجرد، فلا يكون الوارث في هذه الحالة مسؤولا عن ديون مورثه إلا في حدود ما تلقى عنه من حقوق[3].

وكما هو الحال في القانون الفرنسي أعلاه، ينطلق الفقه المالكي[4] شأنه شأن الفقه الإسلامي عامة[5] من مبدأ انتقال آثار العقد إلى العاقد دونما امتداد هذا الأثر إلى

---

[1] - Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.419-420

[2]- راجع المواد 768 إلى 808 ق م ف.

[3]- جاك غوستان، المرجع السابق، ص. 441، 442 ;
FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp. 320-321.

[4]- وهو المقصود بلزوم البيع للمتبايعين كما في " إذا قال البائع: بعتك بكذا، وقال المشتري اشتريت منك بكذا، فلا اختلاف أن ذلك لازم لكل واحد منهما إن أجابه صاحبه بالإمضاء والقبول في المجلس قبل التفرق " الحطاب الرعيني المالكي، المرجع السابق، ج4، ص. 229؛وراجع أيضا في ذات المعنى، ابن رشد القرطبي، المقدمات الممهدات، ج2، دار الغرب الإسلامي، الطبعة: الأولى، 1988، ص. 94، 95؛ ولزوم البيع في المذهب المالكي بعد التفرق بالأقوال في المجلس من خلال الصفحة 42، 43.

[5]- راجع في الموضوع، ياقوتة مزوغ، نطاق نسبية أثر العقد بين الفقه الاسلامي والقانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الانسانية والعلوم الاسلامية، جامعة وهران 01 أحمد بن بلة، 2015، ص. 37 وما يليها.

غيره ممن لم يكن طرفا فيه[1].

ثم كما يتفق كل من الفقه المالكي والقانون الفرنسي على هذا المبدأ، يتفقا أيضا على انصراف الحقوق الناشئة عمن العقد إلى الوارث بعد موت المورث، كون هذا الأخير يخلف الأول في هذه الحقوق، ليتفقا كذلك على القول بوجود استثناءات تحد الانتقال، حيث نتعرض وفق ذلك لمبدأ انتقال حقوق العقد من المتعاقد إلى خلفه في هذا المجال (I)، ثم الاستثناءات الواردة على المبدأ (II)، ثم نختم هذه الأحكام بالتعرض لمدى انتقال التزامات العقود في الفقه المالكي للخلف العام (III).

I – انتقال حقوق العقد إلى الخلف العام:

فإذا أبرم المتعاقد عقدا نشأ له حقوق منه، فإن هذه الحقوق تنتقل بذواتها إلى الوارث بعد موت المورث، ومثالها أن يبيع المتعاقد عينا مملوكة له بثمن مؤجل ومات قبل أن يحل أجل قبض الثمن، فإن الحق في القبض ينتقل من المتعاقد إلى وارثه، وكذلك الحال في حال انتقال الحقوق بالشراء، ومثالها أن يشتري المتعاقد عينا يصبح له بموجب هذا العقد حق ارتفاق عليها، فإن هذا الحق ينتقل إلى وارثه بعد وفاته.

II – الاستثناءات التي لا تنتقل فيها الحقوق للوارث:

فكما هو الحال في القانون الفرنسي يورد الفقه المالكي استثناءات على مبدأ انتقال حقوق العقد الى المورث، وهذه الاستثناءات تتعلق بأحوال ترجع لطبيعة الحق

---

[1]– وفي ذلك جاء " الأصل في الفقه الاسلامي، كما هو الأصل في الفقه الغربي، أن أثر العقد ينصرف إلى العاقد نفسه، ولا يجاوزه إلى غيره ما لم يكن طرفا في العقد، فالعاقد إذا باشر للعقد بنفسه لنفسه، انصرف اليه أثر العقد من حكم وحقوق ... "، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج5، ص 58.

بأن يخرج من دائرة الحقوق المالية أو أن يتصل بشخص المورث دون غيره. فلا تنتقل حقوق المورث غير المالية إلى الوارث بطبيعتها كما في الحضانة مثلا. ثم لا تنتقل الحقوق المالية المتصلة بشخص المورث كما هو الحال في دين النفقة الزوجية، أو الرجوع في الهبة عندما يكون الرجوع حقا متصلا بشخص الواهب، أو حق المالك في إجازة تصرف الفضولي.

أما نصوص الفقه المالكي التي تقول بمبدأ انتقال حقوق العقد إلى الخلف العام (الورثة) ثم تورد عليها الاستثناء بداية بعدم انتقال حقوق المورث غير المالية بطبيعتها، وعدم انتقال الحقوق المالية المتصلة بشخص المورث، فنذكر منها النص التالي" أعلم أنه يروى عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أنه قال 'من مات عن حق فلورثته'، وهذا اللفظ ليس على عمومه، بل من الحقوق ما ينتقل إلى الوارث ومنها ما لا ينتقل فمن حق الإنسان أن يلاعن عند سبب اللعان وأن يفيء بعد الإيلاء وأن يعود بعد الظهار وأن يختار من نسوة إذا أسلم عليهن وهن أكثر من أربع وأن يختار إحدى الأختين إذا أسلم عليهما. وإذا جعل المتبايعان له الخيار، فمن حقه أن يملك إمضاء البيع عليهما وفسخه ومن حقه ما فوض إليه من الولايات والمناصب كالقصاص والإمامة والخطابة وغيرهما وكالأمانة والوكالة فجميع هذه الحقوق لا ينتقل للوارث منها شيء وإن كانت ثابتة للمورث، بل الضابط لما ينتقل إليه ما كان متعلقا بالمال أو يدفع ضررا عن الوارث في عرضه بتخفيف ألمه وما كان متعلقا بنفس المورث وعقله وشهواته لا ينتقل للوارث والسر في الفرق أن الورثة يرثون المال فيرثون ما يتعلق به تبعا له ولا يرثون عقله ولا شهوته ولا نفسه فلا يرثون ما يتعلق بذلك وما لا يورث لا يرثون ما يتعلق به، فاللعان يرجع إلى أمر يعتقده لا يشاركه فيه غيره غالبا والاعتقادات ليست من باب المال والفيئة شهوته والعود إرادته واختيار الأختين والنسوة إربه وميله وقضاؤه على المتبايعين عقله وفكرته ورأيه ومناصبه وولاياته وآراؤه واجتهاداته وأفعاله الدينية فهو دينه ولا ينتقل شيء من ذلك للوارث؛

لأنه لم يرث مستنده وأصله، وانتقل للوارث خيار الشرط في البيعات..."[1].

III – التزامات العقود (ديون التركة) :

فإذا أبرم المورث عقدا رتب دينا في ذمته ومات قبل الوفاء بهذا الدين، بقي هذا الدين في التركة دون انتقاله إلى ذمة الورثة في الفقه المالكي[2]، بل والفقه الاسلامي عامة[3]، ذلك أن التركة هي المسؤولة عن وفاء دين المورث وفق مبدأ خاص يقيد انصراف أثر العقد إلى الخلف العام يقضي بألا تركة إلا بعد سداد ديون. فلا تنتقل التزامات المورث إلى ورثته بل تتعلق بتركته، ولا يلتزم الورثة بديونه ولا تنتقل إليهم التركة إلا بعد سداد ديونها.

ليتضح من تنظيم الفقه المالكي لمسألة ديون التركة بأن الوارث بعيدا على أن يكمل شخصية المورث وعلى أن يكون ممثلا في شخصه عند تعاقده كما هو الحال في القانون الفرنسي، وإنما تخوله فقط الحق فيما تبقى من تركة المورث من حقوق بعد سداد الديون، وتؤخذ ديون المورث من التركة بعد تسديد مصاريف التجهيز والدفن

---

[1]-أنظر، شهاب الدين احمد بن إدريس القرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق، ج3، عالم الكتب، د ط، د س ط، 275-277. وجاء نقلا عن مالك في المدونة" ما قول مالك في رجل سلف في تمر حائط بعينه أو في لبن أغنام بأعيانها أو في أصوافها، ويشترط أخذ ذلك إلى أيام قلائل فهلك البائع أو المشتري أو هلكا جميعا. قال: قال مالك: قد لزم البيع ورثتهما لأن هذا بيع قد تم فلا بد من إنفاذه، وا ٍن مات البائع والمشتري لأن ذلك البيع قد لزمهما في أموالهما "، مالك بن انس الأصبحي، المدونة الكبرى، المرجع السابق، ج3، ص. 58؛ وفي نفس المعنى راجع، الحطاب الرعيني المالكي، المرجع السابق، ج4، ص. 394؛ عليش أبو عبد الله المالكي، المرجع السابق، ج5، ص. 81.

[2]- " يخرج من تركة الميت حق تعلق بعين كالمرهون وعبد جنى ثم مؤن تجهيزه بالمعروف ثم تقضى ديونه ثم وصاياه من ثلث الباقي ثم الباقي لوارثه "، الحطاب الرعيني المالكي، المرجع السابق، ج6، ص. 405؛ الخرشي المالكي، المرجع السابق، ج4، ص. 160؛ الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج3، المرجع السابق، ص. 457.

[3]- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 5، المرجع السابق، ص. 77.

وقبل تنفيذ الوصية، فإذا أبرم المورث عقدا رتب في ذمته دينا ومات قبل الوفاء، فإن الدين لا ينتقل إلى ذمة وارثه بل يبقى في التركة، وتصبح التركة مسؤولة عنه إلا أن يسدد.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الفقه المالكي بل والإسلامي عامة[1] قد اختلف في ذمة من يكون الدين ما دام لا ينتقل إلى ذمة الورثة بعد موت المدين، حيث ذهب جمهور المالكية[2] إلى أن الذمة لا تبقى بعد الموت كونها صفة من صفات الحياة فتزول بزوالها، والدين يتعلق بالتركة لا بذمه الميت. فإذا مات المدين و لم يترك مالا سقط دينه لانعدام محله. وذهب جمهور الحنفية والبعض من الشافعية إلى أنه يبقى في ذمة المدين حتى بعد وفاته بشرط أن تتقوى هذه الذمة بتركة أو بكفيل. فان لم يترك المدين تركة أو كفيلا بالدين خرجت الذمة وسقط الدين. أما الحنابلة[3] فمنهم من ذهب مذهب الحنفية والشافعة ومنهم من ذهب مذهب المالكية.

وأيا كان الاختلاف في هذه المسألة، اتفق الفقهاء المسلمون على أن الدين مهما كان محله، يتعلق بما يتركه المدين من أموال فتصبح تركة الميت هي المسؤولة عن سداد ديونه، حيث يتعلق الدين بمالية التركة لا بذوات أعيانها، ذلك أن حق الدائن هو استفاء دينه من مالية التركة لا من عين بالذات [4].

[1]– أنظر، منصور حاتم محسن الفتلاوي، نظرية الذمة المالية، دراسة مقارنة بين الفقهين الوضعي والإسلامي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 1، 1999، ص. 140، 141، ياقوتة مزوغ، المرجع السابق، ص. 64.

[2]– منصور حاتم محسن الفتلاوي، نفس المرجع، ص. 140.

[3]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 5، المرجع السابق، ص. 78، 79.

[4]– منصور حاتم محسن الفتلاوي، المرجع السابق، ص. 141 وما يليها.

وكما اختلفت المذاهب الفقهية الإسلامية الأربعة في المسألة السابقة، اختلفوا في حكم تصرف الورثة في أعيان التركة قبل سداد الدين[1]، حيث يذهب المالكية إلى بطلان التصرف قبل سداد الدين سواء كان الدين مستغرقا أو غير مستغرق، ما لم يكن هذا التصرف غير ضار بحقوق الوارث، ومثاله أن يبقى من التركة ما يكفي لسداد الديون[2].

ثانيا: أثر العقد بالنسبة إلى الخلف الخاص:

من خلال الوقوف عند تعريف الفقه الفرنسي[3] للخلف الخاص، نجد هذا الأخير يعتبر الخلف الخاص كل من يتلقى من سلفه ملكية شيء معين بالذات أو حقا عينيا على هذا الشيء، فمن يشتري عينيا (عقارا أو منقولا) اعتبر فيها خلفا خاصا للبائع. ومن يوصى له بعين أو بدين أعتبر خلفا خاصا للموصي. ومن تلقى حق انتفاع أو حق ارتفاق على شيء معين كان خلفا بسبب خاص لمن تلقى منه هذا الحق.

هذا وقد سبقت الإشارة إلى المادة 1122 من القانون الفرنسي حين الحديث عن انتقال آثار العقد إلى الورثة وهم الخلف العام في هذا الشأن، ذلك أن المشرع

1- أنظر في تفصيل ذلك، عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع، ص. 81-87.

2- مالك بن انس الأصبحي، المدونة الكبرى، ج4، ص. 62.

3- Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.421-424 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit.,p.414-417 ;

جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، ترجمة منصور القاضي، مراجعة فيصل كلثوم، المؤسسة الجامعية للدراسة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 2008، ص. 386-390 و صد. 444؛ آلان بينابنت، المرجع السابق، ص. 189، 190.

الفرنسي نص فيها على إمكان اشتراط الشخص لنفسه ولورثته وللخلف[1]، وهو ما جعل فقهاء القانون الفرنسي[2] يميلون الى اعتبار المقصود بلفظ " خلف " هو الخلف الخاص، والسبب أن المادة ذكرت قبله لفظ "ورثته " بما يدل على الخلف العام. فضلا عن كون لفظ " يشترط " مما يتسع ليشمل لفظ " يتعاقد ". كما يستنتج من خلال ذلك أن أثر العقد ينتقل إلى هذا الخلف في حدود انتقاله كحقوق دون الالتزامات.

هذا وبالإضافة إلى المبدأ العام القاضي بانصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص وفق المادة 1122 من ق ف أعلاه، يوجد عدة تطبيقات[3] ينتقل فيها أثر العقد حتما للخلف الخاص، نذكر منها وجود نص صريح في العقد يقضي بانصراف أثره إلى الخلف الخاص، ومثاله نص المادة 1743 ق م ف[4] التي تنص على أن المشتري للعين المؤجرة تنتقل إليه التزامات المؤجر وحقوقه الناشئة عن عقد الايجار، شريطة أن يكون هذا العقد ثابت التاريخ وسابقا على عقد البيع، وفي ذلك انتقال إثر عقد الايجار من السلف وهو البائع، إلى الخلف الخاص وهو المشتري[5].

---

[1]- نصت المادة 1122 على: " من المفروض أن يشترط الشخص لنفسه وللورثة والخلف، إلا إذا صرح بالعكس أو ظهر ذلك من طبيعة الاتفاق"، ونصها الأصلي كما سبق التعرض إليه هو:

« On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention ».

[2]- Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p.423 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.320-321.

[3]- راجع في هذه التطبيقات:

PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.426-427 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., pp.416-417 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.321-322.

[4]- Article 1743 : « Si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier, le colon partiaire ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine.

Il peut, toutefois, expulser le locataire de biens non ruraux s'il s'est réservé ce droit par le contrat de bail ».

[5]- وفي الاجتهاد القضائي الأبرز المتعلق بهذا التطبيق راجع:

ثم بالإضافة إلى تلك التطبيقات، ينصرف للخلف الخاص طبق القواعد العامة تلك الحقوق التي ولدها العقد وهي من مكملاته[1]، ومثالها الحقوق المؤمنة للشيء تأمينا عينا أو شخصيا، بحيث يعتبر هذا التامين مكملا للشيء من ناحية حفظه وتقويته فينتقل لمن تحول له وفق ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 1692 ق م[2].

ليتضح من كل ما سبق أن القانون المدني الفرنسي نظم انتقال أثار العقد كحقوق للخلف الخاص من منطلق المادة 1122 منه، وأن لفظ الخلف المنصوص عليه في هذه المادة يشمل الخلف الخاص دون الخلف العام المقصود في لفظ الورثة. ثم أن المشرع الفرنسي ضمَن هذا المبدأ تطبيقات ينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف الخاص، وجدت العلاقة المباشرة بينه وبين السلف أو لم توجد.

أما عن انتقال أثار العقد إلى الخلف العام في الفقه المالكي وفق المعاني المذكورة أعلاه في القانون الفرنسي، فجدير بالذكر أن الموصي له بجزء من مجموع التركة يعتبر في الفقه المالكي خلفا عاما شأنه شأن الوارث[3]، وحينها لا ينصرف إليه أثر العقد إلا في الحدود المرسومة أعلاه حين الحديث عن انصراف حقوق العقد دون الالتزامات في الفقه المالكي، ذلك أن الديون تقدم على التركة فلا يأخذ الموصى له الجزء الموصى به له إلا بعد سداد ديون التركة شأنه شأن الورثة.

Cass. Com., 21 novembre 1961, Cass. Com., 22 mars 1966, www.legifrance.gouv.fr.

[1]- Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.421-422.

[2]- Article 1692: «La vente ou cession d'une créance comprend les accessoires de la créance, tels que caution, privilège et hypothèque».

[3]- " قال مالك: وإذا أوصى رجل لرجل بثلث ماله كان الموصى له شريكا للورثة في كل ما ترك الميت من دار أو عرض أو أرض أو شيء من الأشياء وهو كأحد الورثة بوصيته التي أوصى له بها، فالمكاتب بمنزلة ما سواه من مال الميت يكون الموصى له شريكا فيما على المكاتب "، مالك بن انس الأصبحي، المدونة الكبرى، ج2، ص. 499.

وبخصوص تعريف الخلف الخاص، فهو الموصى له بعين معينة بالذات، ويتحمل أثر العقد الذي أبرمه الموصي بخصوص الحقوق التي تعتبر مكملة للعين، ومثال ذلك أن يوصي شخصا إلى آخر بدار في حدود الثلث، حيث يكون الموصى له خلفا خاصا للموصي بعد موته بخصوص ما يتعلق بتلك الدار من حقوق ضمان على البائع بصفته خلفا للمشتري فيها[1]. وفي نفس السياق، يمتد أثر العقد للخلف الخاص في الحالة التي يبيع فيها الشخص دارا مرهونة أو مستأجرة ويوصي بها في حدود الثلث، بحيث تنتقل مستأجرة أو مثقلة بحق الرهن[2].

ومن خلال المقارنة بين تنظيم القانون الفرنسي والفقه المالكي لانتقال آثار العقد للخلف بنوعيه، نخلص إلى اتفاقهما في جل المبادئ المنضوية تحت هذه الأحكام اتفاقهما على إيراد استثناءات عليها على النحو المتقدم تبيانه. أما هامش الاختلاف بينهما فينحصر في نطاق ضيق مثاله في موضوع انصراف أثر العقد إلى الخلف العام مدى اعتبار الوارث مكملا لشخصية المورث. لينطلقا في ذات السياق من مبدأ واحد بخصوص انتقال حقوق العقد للخلف الخاص وإن حصره الفقه المالكي في الموصى له بعين معينة بالذات. وكما يتفق كلا منهما على المبدأ يتفقا أيضا على اعتبار الخلف الخاص ممثلا للسلف في مكملات الشيء المعين موضوع الخلافة الخاصة، وهو ما يحتم البحث عن موقفهما من تنظيمهما لأثر العقد بالنسبة للدائنين؟

1- " ومن أوصى لرجل بثلث ماله كان الموصى له شريكاً للورثة في كل شيء تركه الميت، من عين أو عرض أو كتابة مكاتب، وصار كأحد الورثة " أنظر، خلف بن أبي القاسم محمد، الأزدي القيرواني، أبو سعيد ابن البراذعي المالكي، التهذيب في اختصار المدونة، دراسة وتحقيق محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، ج2، دار البحوث للدراسات الإسلامية وا إحياء التراث، دبي، الطبعة الأولى، 2002، ص. 584؛ وفي نفس المعنى راجع، الحطاب الرعيني المالكي، المرجع السابق، ج9، ص. 523؛ مالك بن انس الأصبحي، المدونة الكبرى، ج4، ص. 304، 318، 364.

2- راجع في هذا المعنى، أبو سعيد ابن البرادعي المالكي، ج4، المرجع السابق، ص. 74.

الفرع الثاني
أثر العقد بالنسبة إلى الدائنين

قبل التطرق إلى انتقال آثار العقد إلى الدائنين والبحث من ثمة عن أثر الفقه المالكي في تنظيم القانون الفرنسي لهذه المسألة، تجدر الإشارة بداية إلى الفرق بين الدائنين والخلف بنوعيهما السابقين. ذلك أن الدائن لا يعتبر خلفا لمدينه بالمعنى الذي يتحقق في الخلف حينما تنتقل إليه حقوق المدين أو التزاماته كما هو الحال في الخلافة العامة، ولا في بعض الصور التي رأيناها في الخلافة الخاصة سابقا. إلا أن المبدأ في القانون المدني الفرنسي أن أموال المدين تعتبر جميعها ضامنة للوفاء بدينه[1]، وهذا الضمان العام هو ما يجعل أثار العقد تنصرف إلى الدائن في العقود التي يبرمها مدينه، بحيث يتأثر الدائن بتلك العقود إيجابا مثلما يتأثر بها سلبا. فكما قد تزيد في أموال المدين زيادة يزيد معها ضمانه العام، قد تنقص من مال المدين انتقاصا ينقص معه ذلك الضمان.

وانطلاقا من هذا الفرق، لا تنتقل للدائن بداية أثار العقد حقوقا كانت أم التزامات بالطريقة التي تنتقل بها إلى الخلف، إلا أن الدائن يتميز عن الخلف أيضا بمركز يخوله استعمال بعض الحقوق باسم مدينه، فنكون حينها أمام دعوى تسمى بالدعوى غير المباشرة. كما أن الدائن لا يتأثر في بعض الحالات بالعقود الصادرة من مدينه بل يعتبر غيرا بالنسبة لها. وصورة ذلك أن يتصرف المدين بقصد الاضرار بدائنه، حيث يستطيع هذا الأخير أن يطعن في تصرف مدينه بدعوى تعرف بالدعوى

[1]- نصت المادة 2092 من ق م ف في هذا المعنى على أنه: " كل من التزم شخصيا أصبح ملزما بالقيام بتعهده على جميع منقولاته وعقاراته الحاضرة والمستقبلة "، ونصها الأصلي هو:

« Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ».

البوليصية. ثم أن للدائن أخيرا أن يتمسك بصورية العقد الذي أبرمه مدينه بدعوى تسمى بالدعوى الصورية، وهو ما سنبحث فيه عن أثر الفقه المالكي من خلال عناصر ثلاثة مخصصة لكل نوع من هذه الدعاوى.

أولا: الدعوى غير المباشرة L'action oblique:

وتعرف هذه الدعوى أيضا بدعوى استعمال الحقوق[1]، حيث يباشر فيها الدائن رفع الدعوى باسم مدينه بغية الحصول على حق كان يجب على مدينه الحصول عليه[2]، وقد نص عليها القانون المدني الفرنسي في مادته 1166 حينما قال: " ومع ذلك يجوز للدائنين أن يستعملوا كل حقوق مدينهم ودعاواه، ما عدا الحقوق والدعاوى المتصلة بشخصه اتصالا تاما"[3].

هذا ورغم أن المشرع الفرنسي أورد هذا النص على أنه استثناء من قاعدة عدم انصراف أثر العقد الى الغير، فإن هذا الاستثناء لا يجعل الدائنين من الغير في هذه الدعوى كما يدل عليه العنوان الذي يضم هذه المادة، حيث تقدمت الإشارة إلى الفرق بينهم وبين الخلف بنوعيه، ولا التكلم عن الدائنين إلا في إطار تدخلهم لحماية حقوق مدينهم في هذه الدعوى حماية للضمان العام الذي يفرضه عليه القانون.

وكما هو الحال في جل الدعاوى، يجب أن تتوفر للدعوى غير المباشرة شروط

[1]- راجع في تفصيلها،
Pierre VAN OMMESLAGHE , Droit des obligations, Tome 3, Régime général de l'obligation, Bruylant bruxelles, Belgique, 2010, pp.2107-2114

[2]-Cf. VAN OMMESLAGHE Pierre , op.cit., p. 2107 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., p.645.

[3]- Article 1166 : « Néanmoins, les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne ».

يرجعها الفقه الفرنسي[1] إما إلى الدائن الذي يستعمل حق مدينه، من خلال ضرورة أن يكون الحق مستحق الأداء أولا، ووجود مصلحة عاجلة للدائن أي (إعسار المدين) ثانيا. وإما إلى الحق الذي يستعمله الدائن بحيث يكون حقا متصلا بالضمان المالي العام لا بشخص المدين ثالثا، وهذه الشروط مجتمعة ترجع إلى فكرة وجود مصلحة مشروعة للدائن تستحق الحماية من خلال دعوى غير مباشرة.

أما عما يقابل هذه الدعوى في الفقه المالكي من خلال نطاقها المتمثل في المادة 1166 من ق م ف أعلاه، فيتجسد في إعطاء المذهب المالكي الدائن حق المطالبة بمال المدين بغية اقتطاع دينه منه متى لاحظ إهمال المدين في المحافظة على تلك الحقوق. والأساس حينها تعلق هذه الحقوق بما هو جائز شرعا لا بأحوال متصلة بشخص المدين[2].

وعما يمكن اعتباره شروط يشترطها الفقه المالكي[3] في استعمال حق المدين للحفاظ على ماله بغية الوفاء منه، فهي ما يتعلق منها بشروط التفليس حين اشتراط أن يكون الدين حال الأداء غير مؤجل، وأن يكون المدين في اعسار من خلال وجود مال لا يفي بدينه.

---

[1] –Cf. VAN OMMESLAGHE Pierre , op.cit., pp.2110-2114 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., pp.645-646 :FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc , op.cit., pp.280-281.

[2]– مثال هذه الحقوق التي لا يمكن للدائن ان يحل محل دائنه فيها، كما هو حال الحقوق المتعلقة بالسلطة الأبوية أو الرابطة الزوجية وكل حقوق متعلقة بشخصه دون تعلقها بماله، ذلك أن معيار تدخل الدائن هو المحافظة على مال المدين ليكون منه الوفاء، راجع في هذا المعنى راجع، الحطاب الرعيني المالكي، المرجع السابق، ج5، ص. 32 وما يليها؛ الصاوي على الشرح الصغير، المرجع السابق، ج3، ص. 26.

[3]– " أن يكون الدين الذي عليه وطلب التفليس لأجله حالا، وأن يكون ذلك الدين الحال يزيد على ما بيد المدين من المال أو كان ما بيد المدين يزيد على الدين الحال ولكن تلك الزيادة لا تفي بالدين المؤجل "، الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج3، المرجع السابق، ص. 264.

هذا ورغم عدم صياغة الفقه المالكي لنظرية مستقلة تختص بها الدعوى غير المباشرة، يكفي أن يتوفر الشرطان السابقان من خلال حلول أجل الدين وإحاطة الدين بمال المدين من خلال عدم وفائه به، حيث يمكن للدائن مباشرة دعاوى المدين ردا لمال يستوفي منه حقه[1]. ومثال ذلك في الفقه المالكي عدم وجود بينة للمدين المحجور عليه بخصوص حق له عند الغير إلا شاهد واحد، ونكل (خاف وجبن) المدين عن اليمين مع الشاهد (أن يكمل شهادة الشاهد باليمين)، إذ يجوز للغرماء حينها أن يحلفوا مع الشاهد فيكونوا بذلك قد استعملوا حق مدينهم في الحلف على النحو المراد في الدعوى غير المباشرة أو دعوى استعمال الحقوق.

وفيه جاء: " (وإن نكل المفلس) الذي أقام شاهدا بحق له على شخص عن اليمين معه ليأخذ حقه (حلف كل) من الغرماء مع الشاهد لتنزيلهم منزلة المفلس في اليمين (كهو) أي كحلف المفلس فيحلف كل أن ما شهد به الشاهد حق (وأخذ) كل حالف (حصته) من الدين فقط (ولو نكل غيره) أي غير الحالف فلا يأخذ الحالف سوى قدر نصيبه مع حلفه على الجميع (على الأصح) وهو المشهور"[2]. وفي كل ذلك موافقة للقانون الفرنسي في دعوى تمكن الدائن من استعمال حقوق مدينه وفق الشروط السابقة.

---

[1]- راجع في تطبيق ذلك، الخرشي المالكي، المرجع السابق، ج5، ص. 267؛ الحطاب الرعيني المالكي، المرجع السابق، ج5، ص. 32 وما يليها.

[2]- الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج3، المرجع السابق، ص. 266،267.

ثانيا: الدعوى البوليصية L'action paulienne :

حيث يتطلب تشعب الفقه الفرنسي في أحكام هذه الدعوى[1] التعرض إليها بالتوقف بداية عند تنظيم القانون الفرنسي لها (I)، ثم التطرق لموقف الفقه المالكي منها وإجراء المقارنة من خلال ذلك (II).

I- الدعوى البوليصية في القانون المدني الفرنسي:

ترتكز هذه الدعوى على نص المادة 1167 من ق م ف التي نصت فقرتها الأولى على أنه "ويجوز لهم كذلك[2] أن يطعنوا باسمهم في الأعمال القانونية الصادرة من مدينهم بقصد الإضرار بهم"[3]. ليتضح من خلالها أن الهدف من هذه الدعوى هو حماية الدائن من خطر تصرفات المدين التي يجريها بغرض الاضرار بالدائن، حيث أعطت المادة هذا الأخير حق الطعن في تصرف مدينه الضار بغية عدم نفاذ تصرفه إليه واعتباره من الغير بخصوص أثر التصرف.

هذا ولأن هذه المادة اكتفت بالإشارة إلى هذه الدعوى دونما تبيان لتفاصيل أحكامها، نجد الفقه الفرنسي[4] أسهب في تنظيم أحكامها من خلال الحديث عن

---

[1]- لهذه الدعوى عدة تسميات أشهرها: الدعوى البوليانية، أو البوليصية، أو دعوى الرجوع، أو دعوى إبطال التصرفات، أما انشتار تسميتها بالدعوى البوليصية فيعود لحاكم الروماني الذي اشتقت من اسمه (الحاكم الروماني بولص)، وان كانت صحة هذه التسمية محل جدل بسبب التشكيك في وجود هذا الحاكم من عدمه، راجع، جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، المرجع السابق، ص. 572.

[2]- أي يجوز للدائنين كذلك، ذلك أن هذه المادة جاءت بعد المادة 1166 التي نصت في سياقها عن الدعوى غير المباشرة بالقول " ومع ذلك يجوز للدائنين.. "

[3]- Article 1167 al .1 « Ils peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits ».

[4]- راجع في تفصيل هذه الشروط والآثار:

شروطها ثم أثارها. مع الإشارة إلى أن أساس الدعوى البوليصية وفق المعنى المشار إليه أعلاه في مادتها لا يتعلق بإبطال التصرف حينها بقدر ما يتعلق بعدم نفاذه في مواجهة الدائن.

أما ما نحاول التعرض إليه بشيء من التفصيل بخصوص هذه الدعوى فهو شروطها، وهي شروط يجب أن يتحقق بعضها في الدائن (أ)، والبعض الآخر في التصرف المطعون فيه بعدم النفاذ (ب)، لتتعلق شروط أخيرة بالمدين (ج).

أ – الشروط التي ترجع للدائن[1]:

وهي ضرورة أن يكون حقه مستحق الأداء، وهو شرط وإن كان مشترطا كذلك في الدعوى غير المباشرة كما اتضح سابقا، إلا أن الاختلاف هنا يكمن في خطورة التصرف الذي يمس هذا الحق، كون الهدف من الدعوى المباشرة هو التحفظ على الأعمال التي يقوم بها المدين. أما الدعوى البوليصية فيطعن فيها الدائن في التصرف بغية هدم أثره وعدم امتداده إليه، وهو ما يفترض وجود حق مستحق الأداء خاليا من أي نزاع، ذلك أن خلو الحقوق من النزاع فيها هو ما يجعلها مستحقة الأداء. كما لا يكون الحق مستحق الأداء إذا كان معلقا على شرط واقف، أو مقترنا بأجل موقف.

MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., pp.637-645 ; Pierre VAN OMMESLAGHE , op.cit.,p.2114 et s.

جاك غستان، المرجع السابق، ص. 572–630؛ آلان بينابنت، المرجع السابق، ص. 584–589.

[1]-Cf. MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., pp.638-639 ;

جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، المرجع السابق، ص. 583؛ آلان بينابنت، المرجع السابق، ص. 585.

ب – الشروط المتعلقة بالتصرف المطعون فيه بعدم النفاذ [1]:

وهي أن يكون تصرفا قانونيا، ومفقرا، وتاليا في الوجود لحق الدائن. فيشترط أن يكون التصرف قانونيا ليطعن فيه الدائن بالدعوى البوليصية، فلا محل مثلا للطعن في الأعمال المادية التي يقوم بها المدين حينما يقوم بعمل غير مشروع بعمدية أو إهمال يتسبب في ضرر للغير ويلزمه بالتعويض، رغم أن هذا التعويض قد يؤدي إلى إعساره. ويكون التصرف قانونيا يحق للدائن الطعن فيه بعدم النفاذ سواء صدر من جاب واحد كما هو حال الابراء أو رده، أو صادرا من جانبين تبرعا كالهبة أو معاوضة كالبيع.

أما اشتراط أن يكون التصرف مفقرا فهو إنقاصه من حقوق المدين من جهة، أو زيادته في التزاماته من جهة أخرى، فإذا وهب المدين عينا مملوكة له أو أبرأ مدينا من دين له في ذمته افتقر بالإنقاص من حقوقه، وفي مقابل ذلك إذا اقترض أكثر حتى زاد في نسبة ديونه فقد افتقر بزيادة التزاماته.

أما عن كون التصرف تاليا لحق الدائن، فيشترط في التصرف المطعون أن يتم بعد وجود حق الدائن، ذلك أن هذا الأخير لا يستطيع أن يشكو من تصرف تم قبل أن يكون دائنا لصاحبه.

[1]-Cf. MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., pp.640-642 ;
جاك غستان، نفس المرجع، ص. 591–596؛ آلان بينابنت، نفس المرجع، ص. 585، 586.

ج- الشروط المتعلقة بالمدين[1]:

وهي إعسار المدين، والغش في جانبه، فيجب أن يكون تصرف المدين قد تسبب في إعساره حينما لا يكون معسرا قبل هذا التصرف، أو أنه قد زاد في نسبة إعساره حينما يكون معسرا من قبل التصرف، وهذا الإعسار هو ما يجعل للدائن مصلحة عاجلة في الطعن بدعوى عدم نفاذ تصرف مدينه، وتتجسد المصلحة هنا في كون الدائن أولى باستفاء حقه من الحق الذي تصرف فيه المدين.

أما الغش في جانب المدين، فهو شرط يختلف باختلاف طبيعة التصرف من معاوضة إلى تبرع، فإذا كان التصرف معاوضة وجب على الدائن أن يثبت انطواء تصرف المدين على الغش والتواطؤ ممن صدر التصرف لمصلحته، وذلك بإثبات علم المدين بما سيسببه التصرف له من إعسار أو زيادة في إعسار. أما تصرف المدين بالتبرع، فلا يشترط فيه إثبات الدائن للغش وتواطؤ المتبرع له، بل يكفي إثبات الدائن لما تسبب فيه التصرف من إعسار للمدين.

هذا وما يجدر الختام به حين الحديث عن الدعوى البوليصية في القانون المدني الفرنسي، أن هذا الأخير وإن نص عليها في مادة واحدة دون تبيان أحكامها كما اتضح سابقا، وضع المشرع لهذه الدعوى الكثير من التطبيقات العملية في نصوص متفرقة، نذكر منها المادة 618 من ق م المتضمنة إبطال الانتفاع لمجاوزة المنتفع حدود استعماله لحق الانتفاع بما يضر العين المنتفع بها من خلال تلف أو خلل يحصل بها، وهو ما يخول الدائنين المتعلقة حقهم بالمنفعة التدخل للحفاظ على حقهم[2]، ومنها

---

[1]-Cf. MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., pp.643-644 ;
جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، المرجع السابق، ص. 596-623؛ آلان بينابنت، المرجع السابق، ص. 587، 588.

[2]-Article 618: « L'usufruit peut aussi cesser par l'abus que l'usufruitier fait de sa

كذلك المادة 921 من ق م المتعلقة برد الهبة إلى نصابها بطلب يقدمه كل من له مصلحة في ذلك، ومنهم ذوي الحقوق[1].

II – موقف الفقه المالكي من الدعوى البوليصية مقارنة بالقانون الفرنسي:

بالرجوع إلى الفقه المالكي، نجده ينطلق من ذات المبدأ الذي ينطلق منه القانون المدني الفرنسي في هذا الشأن، حيث يمكن للمدين أن يتصرف في ماله معاوضة أو تبرعا ما لم يكن في مرض الموت[2]، وتصرفاته تسري للدائنين بالشكل الذي تقدم ذكره. إلا أن الاستثناء يتمثل في عدم سريان تصرفات المدين اتجاه مدينه بعد الحجر عليه وفق معنى الاعسار السابق ذكره في القانون الفرنسي.

زيادة لذلك، يقول المذهب المالكي بأحكام متطابقة مع ما ذهب إليه القانون

---

jouissance, soit en commettant des dégradations sur le fonds, soit en le laissant dépérir faute d'entretien.

Les créanciers de l'usufruitier peuvent intervenir dans les contestations pour la conservation de leurs droits ; ils peuvent offrir la réparation des dégradations commises et des garanties pour l'avenir.

Les juges peuvent, suivant la gravité des circonstances, ou prononcer l'extinction absolue de l'usufruit, ou n'ordonner la rentrée du propriétaire dans la jouissance de l'objet qui en est grevé, que sous la charge de payer annuellement à l'usufruitier, ou à ses ayants cause, une somme déterminée, jusqu'à l'instant où l'usufruit aurait dû cesser ».

[1]–Article 921 al .1: «La réduction des dispositions entre vifs ne pourra être demandée que par ceux au profit desquels la loi fait la réserve, par leurs héritiers ou ayants cause: les donataires, les légataires, ni les créanciers du défunt ne pourront demander cette réduction, ni en profiter».

[2]– ومثال ذلك بطلان الهبة متى تمت في مرض الموت، وفي ذلك جاء "وقيدنا بحال الصحة للاحتراز عن حال المرض المخوف المتصل بالموت أنها باطلة لأنها وصية لوارث، ومثلها لو وقعت في صحته وتأخر حوزها حتى مرض الموت"، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي، المرجع السابق، ج2، ص. 159؛وراجع في تأثير مرض الموت على التصرفات في الفقه المالكي والفقه الإسلامي عامة، وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج4، ط 2، ص. 161.

الفرنسي في تنظيمه للدعوى البوليصية بشكل عام حينما تحدث المالكية عن عدم سريان تصرف المدين المضار بدائنة حتى قبل الحجر كما سيتضح لاحقا.

وعليه، سنحاول التوقف عند الحجر على المدين في المذهب المالكي وفق ما يقابل فكرة الاعسار في القانون الفرنسي (أ)، لننتقل بعد ذلك لعدم سريان تصرف المدين المضار بدائنه وفق ما يقابل الدعوى البوليصية (ب).

أ – الحجر على المدين:

بالبحث في إحاطة الدين بمال المدين في المذهب المالكي[1]، نجد أن هذه الإحاطة تتخذ ثلاث حالات[2]، الحالة الأولى قبل التفليس فيمنع من التصرف في ماله بغير عوض لما في ذلك من إضرار بدائنيه. أما الحالة الثانية هي حالة تفليسه العام فيقوم الغرماء عليه دون حكم من القاضي. كما لهم سجنه ومنعه التصرف في ماله، فيزداد

[1]– والمقصود بالإحاطة هنا لا تشترط فيه عدم كفاية ما في يد المدين لمجموع ديونه، بل يمكن أن تشمل حتى التساوي، وفي ذلك جاء:" (قوله فلا يفلس بمساو) أي إذا كان ما بيده مساويا للدين الذي عليه الحال فإنه لا يفلس ولا تهتك حرمته، وهذا لا ينافي أنه يمنع من التبرعات كما مر"، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج3، المرجع السابق، ص. 264.

[2]– " واعلم أن لمن أحاط الدين بماله ثلاثة أحوال: **الأولى قبل التفليس:** وهي منعه وعدم جواز التصرف في ماله بغير عوض فيما لا يلزمه مما لم تجر العادة بفعله من هبة وصدقة وعتق وما أشبه ذلك، كخدمة وا إقرار بدين لمن يتهم عليه ويجوز بيعه وشراؤه كما نبه عليه ابن رشد. **الحالة الثانية:** تفليس عام وهو قيام الغرماء عليه ولهم سجنه ومنعه حتى من البيع والشراء والأخذ والعطاء، نص عليه ابن رشد ويقبل إقراره لمن لا يتهم عليه إذا كان في مجلس واحد أو قريبا بعضه من بعض. **الحالة الثالثة** تفليس خاص وهو خلع ماله لغرمائه. وا إلى الأحوال الثلاثة أشار بقوله: (الفلس إحاطة الدين بمال المدين) : فيمنعه الهبة وما في معناها لا البيع والشراء والتصرف اللازم ما لم تقم عليه الغرماء. (والتفليس الأعم: قيام ذي دين حل) أجله أو كان حالا أصالة (على مدين) له (ليس له) : أي للمدين من المال (ما يفي به) : أي بالدين بأن كان ما معه أقل من الدين، وكذا إذا كان مساويا له على ما يفيده النقل: وأما لو كان معه أكثر من الدين فليس له منعه مما سيأتي، إلا أن يتبرع بما ينقص ماله عن الدين."، الصاوي على الشرح الصغير، ج3، المرجع السابق، ص. 344، 345؛ الحطاب المالكي، المرجع السابق، ج5، ص. 34.

فيها التقييد، ذلك أن المدين فيها لا يستطيع التصرف بماله تبرعا أو معاوضة ولو بدون محاباة. أما الحالة الثالثة هي تفليس خاص ممثل في خلع ماله للغرماء بعد حكم من القاضي بتفليس المدين والحجر عليه.

وما يلاحظ بالوقوف عند الحالتين الأولى والثانية، أن اشتراط حكم القاضي لا يثار فيهما مما يجعلنا أمام عدم سريان تصرف المدين المضار بحقوق الدائنين، وهو ما سنراه في العنصر الثاني المتضمن عدم سريان تصرفات المدين في حق دائنيه وفق ما يقابل الدعوى البوليصية في القانون الفرنسي.

أما الحالة الثالثة المتضمنة للتفليس الخاص، فقد اشترط فيها المالكية شروط ثلاثة [1] تتمثل في، إحاطة الدين بمال المدين، وتماطل المدين في دفع ما عليه بعد حلول الأجل، ثم أن يرفع كل الدائنون كلهم او بعضهم أمر المدين إلى الحاكم. فإذا توفرت هذه الشروط، حكم الحاكم بتفليس المدين وحجر عليه وخلع ماله لغرمائه، حضر المدين أو غاب[2].

---

[1]– " من أحاط الدين بماله يفلس بشروط ثلاثة: الأول: أن يطلبه أرباب الديون بديونهم الحالة كلهم، أو بعضهم، ويأبى البعض، وإذا فلس البعض فللآخرين محاصة القائم؛ لأن تفليسه لواحد تفليس للجميع. الشرط الثاني: أن يكون الدين المطلوب تفليسه به قد حل أصالة، أو لانتهاء أجله إذ لا حجر بدين مؤجل. الشرط الثالث: أن يكون الدين الحال زائدا على مال المفلس إذ لا حجر بالدين المساوي، أو بقي من ماله بعد وفاء الحال ما لا يفي بالدين المؤجل مثلا عليه مائتان مائة حالة ومائة مؤجلة ومعه مائة وخمسون فالباقي بعد وفاء المائة الحالة لا يفي بالدين المؤجل فيفلس ولو أتى بحميل، وأحرى إن لم يبق للمؤجل شيء، وبقي شرط، وهو: أن يكون الغريم ملدا وبعبارة وإنما يفلس بطلب بعض الغرماء إذا تبين لدده نقله الطخيخي عن المدونة فإن قلت: الغائب لا يتصور فيه ذلك قلت الغائب حيث لم يعلم ملاؤه مظنة اللدد"، الصاوي على الشرح الصغير، ج5، ص. 265، 266.

[2]– حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج3، المرجع السابق، ص. 265؛ الحطاب المالكي، المرجع السابق، ج5، ص. 39؛ مالك بن انس الأصبحي، المرجع السابق، ج3، ص. 259.

ليتضح مما سبق تنظيم الفقه المالكي لإعسار المدين بطريقة يهدف بها في المقام الأول إلى حماية حقوق الدائنين، وهو الغرض الذي أراده المشرع الفرنسي من خلال حماية الدائنين بجملة من الدعاوى منها الدعوى البوليصية.

ب- عدم سريان تصرف المدين الضار بحق المدين:

ذلك أن المذهب المالكي يذهب إلى تقييد تصرفات المدين الذي أحاط الدين بماله حتى قبل الحجر عليه، وهو ما يستخلص من النصوص الواردة في هذا المجال، منها ما ذهب إليه ابن رشد في حالة إحاطة المدين بماله قبل الحجر[1] وفق للحالة الأولى المذكورة سابقا تحت مسمى قبل التفليس، وما ذهب إليه الدردير كما سبق[2] في شرحه لأحكام الحالة الثانية مقارنة بالأولى والثالثة تحت مسمى التفليس العام.

1- " فأما المفلس: فله حالان: حال في وقت الفلس قبل الحجر عليه، وحال بعد الحجر. فأما قبل الحجر: فلا يجوز له إتلاف شيء من ماله عند مالك بغير عوض إذا كان مما لا يلزمه، ومما لا تجري العادة بفعله. وإنما اشترط إذا كان مما لا يلزمه؛لأن له أن يفعل ما يلزم بالشرع، وإن لم يكن بعوض، كنفقته على الآباء المعسرين، أو الأبناء، وإنما قيل مما لم تجر العادة بفعله؛ لأن له إتلاف اليسير من ماله بغير عوض كالأضحية، والنفقة في العيد، والصدقة اليسيرة، وكذلك تراعى العادة في إنفاقه في عوض كالتزوج، والنفقة على الزوجة. ويجوز بيعه، وابتياعه ما لم تكن فيه محاباة، وكذلك يجوز إقراره بالدين لمن لا يتهم عليه. واختلف قول مالك في قضاء بعض غرمائه دون بعض وفي رهنه. وأما جمهور من قال بالحجر على المفلس فقالوا: هو قبل الحكم كسائر الناس، وإنما ذهب الجمهور لهذا؛ لأن الأصل هو جواز الأفعال حتى يقع الحجر، ومالك كأنه اعتبر المعنى نفسه، وهو إحاطة الدين بماله، لكن لم يعتبر ه في كل حال؛ لأنه يجوز بيعه، وشراؤه إذا لم يكن فيه محاباة، ولا يجوزه للمحجور عليه"، ابن رشد القرطبي، ج4، المرجع السابق، ص. 68.

2- " واعلم أن لمن أحاط الدين بماله ثلاثة أحوال: الأولى قبل التفليس: وهي منعه وعدم جواز التصرف في ماله بغير عوض فيما لا يلزمه مملم تجر العادة بفعله من هبة وصدقة وعتق وما أشبه ذلك، كخدمة وإقرار بدين لمن يتهم عليه ويجوز بيعه وشراؤه كما نبه عليه ابن رشد.

الحالة الثانية: تفليس عام وهو قيام الغرماء عليه ولهم سجنه ومنعه حتى من البيع والشراء والأخذ والعطاء، نص عليه ابن رشد ويقبل إقراره لمن لا يتهم عليه إذا كان في مجلس واحد أو قريبا بعضه من بعض."، الخرشي، حاشية الصاوي، ج3، ص. 345، 346.

وكما هو الحال في الدعوى البوليصية في القانون الفرنسي، يشترط الفقه المالكي شروط في تقييد تصرفات المدين الذي أحاط الدين بماله قبل الحجر ولا تسري في حق دائنيه تصرفاته الضارة، وتتمثل هذه الشروط في:

1- إحاطة الدين بمال المدين:

وتتحقق هذه الإحاطة عندما تكون ديونه الحالة والمؤجلة أزيد من أمواله. بل أن الفقه المالكي ذهب في حالات كثيرة إلى القول بتوفر الإحاطة في الحالة التي تكون تلك الديون مساوية لأموال المدين لا زائدة عنها فقط [1].

2- أن يكون المدين عالما وقت التصرف بأن الدين محيط بماله:

ذلك أن هذا الشرط هو ما يتحقق معه غش المدين حينما يتصرف بنية الاضرار بدائنيه. أما إذا تصرف في ماله بطريقة أحاطت بماله وهو يعتقد غير ذلك فإن تصرفاته تكون نافذة في المذهب رغم تلك الاحاطة[2].

---

[1]- " من أحاط الدين بماله، أي: زاد عليه، أو ساواه فلصاحب الدين أن يمنعه من تبرعاته كالعتق، والصدقة ونحوهما، وسواء كان صاحب الدين متعددا، أو منفردا، وسواء كان دينه حالا، أو مؤجلا ... " وجاء في شرح هذا الكلام " (قوله:، أي: زاد عليه، أو ساواه) هكذا ينبغي؛ لأن العلة وهي إتلاف مال الغريم حاصلة مع التساوي كحصولها في الزائد إلا أن المنقول أن المنع إنما يكون إذا زاد على ماله لا إن نقص، أو ساوى. (قوله: أي: علمت إحاطته)، أي: لا من شك في إحاطة الدين بماله، والظاهر أن المراد بالشك مطلق التردد فإذا ادعى الملاء لم يمنع إلا بعد كشف السلطان عن ماله فإن وجد وفاء لم يفلس، وإلا فلس اللخمي وهو المشهور..." الخرشي المالكي، المرجع السابق، ج5، ص263؛ في نفس المعنى راجع، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج3، ص. 262-264.

[2]- " ويؤخذ من قوله: أحاط أنه علم أن الدين أحاط بماله فلو لم يعلم بذلك لم يمنع من التبرع قال المشذالي في حاشيته في أول التفليس ابن هشام: لو وهب، أو تصدق وعليه دين لا يدري هل يفي ماله بهما أم لا جاز حتى يعلم أن ما عليه من الدين يستغرق ماله قاله ابن زرب واحتج عليه بما في سماع عيسى من الرضاع فيمن دفع لمطلقته نفقة سنة، ثم فلس بعد ستة أشهر إن كان يوم دفع النفقة قائم الوجه لم يظهر في فعله سرف ولا محاباة،

3- أن يكون التصرف الصادر من المدين ضارا بحقوق الدائنين:

وفي هذا الشرط يجب التمييز بين حالة إحاطة مال المدين قبل التفليس وحالة التفليس العام كما سبق، ذلك أن لحالة الثانية يزيد فيها التقييد مقارنة بالأولى.

ففي الأولى لا يجوز للمدين أن يتصرف في ماله بغير عوض لا ما لم تجر العادة بفعله، فليس له أن يهب مثلا كون الهبة تضر بدائنيه، إلا أن هذا القيد لا يتعلق بالتبرعات الملزمة له كما هو حال نفقته على من تجب له عليه النفقة. وكذلك الحال بخصوص ما جرت العادة بفعله كالأضحية مثلا. أما المعاوضات فيمكن قيامه بها متى لم تكن بمحاباة، كون المحاباة تضر بخصوص الدائنين[1].

وخلاصة لما سبق، يتضح أن أساس الدعوى البوليصية المحددة في المادة 1167 من ق م ف قائم في الفقه المالكي ونصوصه المقيدة لتصرفات المدين بغية عدم الاضرار بالدائنين، ولا يكون هذا التقييد بعد الحجر فقط بل هي قائمة كذلك قبله. ويكون هذا التقييد قبل الحجر وفق ذات الأسس الموجودة في الدعوى البوليصية من خلال إحاطة الدين بمال المدين، وهو ما يقابل اعسار المدين في الفقه الفرنسي، وكل تصرف

فذلك جائز ابن رشد يريد بقوله: قائم الوجه: جائز الأمر. أن يكون المفلس مأمونا عليه مع كثرة ديونه ولا يتحقق أنها مغترقة لجميع ماله فيقوم من قوله هذا: أن من وهب، أو تصدق وعليه دين لقوم إلا أنه قائم الوجه لا يخاف عليه الفلس، أن أفعاله جائزة، وا ٍن لم تحصر الشهود قدر ما معه من المال والدين وبهذا كان يفتي ابن زرب ويحتج بهذه الرواية ويقول: لا يخلو أحد من أن يكون عليه دين وقوله صحيح واستدلاله حسن. وأما إن علم أن ما عليه من الدين يغترق ما بيده من المال فلا يجوز له هبة ولا عتق ولا شيء من المعروف ويجوز له أن يتزوج وينفق على ولده الذين تلزمه نفقتهم ويؤدي منه عن عقل جرح خطإ، أو عمد لا قصاص فيه ولا يجوز له أن يؤدي عن جرح فيه قصاص هذا معنى قول مالك في المدونة وغيرها، وبه يقول ابن القاسم. (قلت) وفي سماع أصبغ من الديات ما نصه: إذا كان الرجل قائم الوجه يبيع ويشتري ويتصرف في ماله فحمالته وهبته وصدقته ماضية كإن علم أن عليه ديونا كثيرة بقي الجواز حتى يثبت أنه لا وفاء له بما فعل من المعروف "، الحطاب المالكي، المرجع السابق، ج5، ص. 35.

[1]- وهو ما سبق الإشارة إلى تهميشه تفصيلا في الصفحة 208 من هذه الدراسة، التهميش رقم 1.

ضار يصدر من المدين حينها يعتبر غير ساريا في حق الدائنين، شريطة أن يكون المدين عالما بإعساره وقت التصرف. كما أن الفقه المالكي يشترط شروطا في التصرف تحمل معنى إفقار المدين وتجريده من ماله بطريقة تعسره أو تزيد في اعساره، وهو كله ما يخول الدائن الطعن فيها بعدم النفاذ في كل من القانون الفرنسي ومن قبله الفقه المالكي.

ثالثا: الدعوى الصورية : L'action en déclaration de simulation :

من خلال البحث عن النصوص المبينة لميدان الدعوى الصورية[1] في القانون المدني الفرنسي، نجد أن هذا الأخير خصها بمادة واحدة مختصرة كحال الدعوى المباشرة والدعوى الصورية مثلما تبين سابقا. مع الإشارة إلى اختلاف نص هذه الأخيرة عنهما بخصوص مكان التنصيص عليها، حيث تطرق إليها حين الحديث عن إثبات الالتزامات في المادة 1321، ونص فيها على:" العقود المستترة[2] لا تنتج أثرها إلا فيما بين المتعاقدين، ولا يكون لها أثر ضد الغير"[3] .

أما المقصود بالصورية في هذا المجال، فهو أن يكون هناك عقدان صادران في وقت واحد، أحدهما ظاهر، والثاني خفي، بحيث يلجأ المتعاقدين الى إخفاء حقيقة ما تعاقد عليه لسبب من الأسباب، فيكون لهما في العقد موقف ظاهر وآخر مستتر،

---

[1]- راجع فيها من الفقه الفرنسي:
PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.429-443 ; COLIN Ambroise et CAPITANT Henri, op.cit., pp.257-260 ; JOSSERAND Louis, op.cit., pp.179-182 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.283-289 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., pp.391-390.

[2] – وهي مشهورة بهذا الاسم، رغم أن المادة 1321 ق م ف نصت على تسمية العقد الصوري بورقة الضد (Contre-lettre).

[3] – Article 1321: «Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes ; elles n'ont point d'effet contre les tiers».

فيؤدي موقفها الظاهر إلى وجود عقد صوري، في نفس الوقت الذي يؤدي فيه الموقف المستتر إلى عقد حقيقي. والغرض من الصورية والاستتار حينها هو خديعة الغير والتحايل على القانون بطريقة فيها غش[1]، وهي صورية نسبية تتعلق بنوع العقد أكثر من كونها مطلقة تتناول وجوده. ذلك أن الفقه الفرنسي[2] يقسم الصورية إلى مطلقة تتناول وجود العقد ذاته فيكون الظاهر لا وجود له من الأصل ومثاله بيع الزوج بعض الأموال لزوجته بيعا صوريا لا وجود له بغية تفادي التنفيذ عليه من دائنيه. وصورية نسبية بطريقة التستر تتناول نوع العقد دون وجوده كهبة في صورة بيع، فيكون العقد الظاهر هو البيع وهو عقد صوري، والعقد المستتر هو الهبة وهو العقد الحقيقي.

هذا ورغم مخالطة الغش للصورية في هذا العقد، تقتصر آثار الصورية[3] كما ورد في المادة 1321 من ق ف أعلاه على الحيلولة دون وقوع الغرض غير المشروع الذي يراد الوصول إليه من صورية العقد، وذلك دون الذهاب بعيدا وإبطال العقد الحقيقي الذي قصده المتعاقدان. وهو ما قصدته المادة بالتمييز في الصورية بين المتعاقدين والغير، مع الإشارة إلى أن لفظ الغير هنا يتسع ليتجاوز مثيله في أثار العقد بالنسبة إلى الغير، حيث يشمل كل من اعتقد بحسن نية أن العقد الصوري هو العقد الحقيقي وتعامل مع المتعاقدين على أساسه.

---

[1] – Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.428-229 ; VAN OMMESLAGHE Pierre , op.cit., p.2106.

[2] –Cf. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc، op.cit., p.284 ; JOSSERAND Louis, op.cit., pp. 179-188.

[3] – Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.430-431.

وانطلاقا من ذلك، يدخل في معنى الغير الدائنين الشخصيين للمتعاقدين[1]، ومثالهم دائن المشتري في البيع الصوري. كما يدخل في ذات المعنى الدائن صاحب الحق العيني، ومثاله الدائن المرتهن في جانب البائع أو جانب المشتري في حالة البيع الصوري، حيث يعتبرون من الغير في هذه العقد ويطعنون في العقد بالصورية من خلال التمسك بالعقد المستتر، لوجود مصلحتهم فيه أكثر من العقد الصوري، على أن يتحمل عبء إثبات الصورية من يدعيه.

وما تجب الإشارة إليه بداية قبل البحث في نصوص الفقه المالكي عما يقابل دعوى الصورية في القانون الفرنسي، أن الفقه المالكي شأنه شأن الفقه الاسلامي عامة لم يضع قاعدة عامة أو نظرية خاصة بالصورية في العقود[2]، إلا أنه أشار لمفاهيمها في الكثير من النصوص والتطبيقات والاجتهادات التي تتجسد فيها فكرة حماية الدائنين والغير عامة من العقود الصورية[3].

أما البحث في فحوى التطبيقات التي تتجسد فيها هذه الفكرة الحمائية، فنتعرض إليها باختصار من خلال التوقف عند مخالفة عبارات العقود للإرادة الحقيقة، أو بمعنى أخر وجود الإرادة الظاهرة وحدها دون الإرادة الباطنة[4]، وذلك من خلال تطبيق هام في هذا المجال[5] هو بيع التلجئة، حيث أن الفقه الإسلامي عند انطلاقه في

---

[1]- Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.433-438 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.288-289.

[2]- ما يلاحظ في هذا المجال، أن الدراسات الحديثة اعتنت بترتيب نظريات فقهية لمواضيع تطبيقية لم يعتن الفقه الإسلامي القديم بوضع نظريات منسقة لها، ومنها موضوع الصورية في العقود أعلاه، ولنموذج منها أنظر، عدنان عبد الهادي حسن حسان، أحكام العقود الصورية في الفقه الاسلامي، رسالة ماجتسير، الجامعة الاسلامية بغزة، كلية الشريعة والقانون، 2006.

[3]- راجع في صورية العقود وفق المذاهب الأربعة للفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج4، ط 2، ص. 190-196؛ مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص. 441-448.

[4]- وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص. 190.

[5]- حيث يوجد حالات أخرى تثار في مجال العقود الصورية غير بيع التلجئة والهزل وهي: حالة السكر والنوم

العقود من البحث عن الإرادة الظاهرة بغية استقرار المعاملات لم يهمل الاهتمام بحقيقة الإرادة، وهو ما تجسد في قاعدة شهيرة سبق التعرض إليها[1] في تعارض الإرادتين مفادها " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني ".

وعن بيع التلجئة أو المواضعة[2]، فهو " أن يتظاهر أو يتواطأ شخصان على ابرام عقد صوري بينهما إما بقصد التخلص من اعتداء ظالم على بعض الملكية، أو بإظهار مقدار بدل أكثر من البدل الحقيقي ابتغاء الشهرة والسمعة، أو لتغطية اسم الشخص الذي يعمل لمصلحته باطنا (قضية الاسم المستعار) "[3]، وعلى ذلك تكون المواضعة إما في أصل العقد، وإما في بدله، وإما في الشخص.

I– المواضعة في أصل العقد:

وفيه يتواطأ المتعاقدان على التعاقد صوريا إيهاما لغيرهما بوجود عقد لا وجود له بينهما، ومثاله خوف شخص من اعتداء ظالم على بعض ملكه فيتظاهر ببيعه. كما يدخل في إطاره بيع المدين لماله صورية ليهربه من دائنيه. ولما في المواضعة من تواطؤ تسمى مواطأة، أما التلجئة فتعود لالتجاء الشخص إلى غيره في هذا النوع من العقود[4].

والجنون وعدم التمييز والإغماء، حالة عدم فهم العبارة، حالة التعلم والتعليم والتمثيل، حالة الهازل، حالة الخطأ، حالة الإكراه، وحالة القصد غير المشروع، راجع بخصوصها مفصلة بهذا الترتيب، وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ج4، ط 2، ص. 190–196.

[1]– راجع الصفحة 54 من هذه الدراسة.

[2]– راجع في تفصيل بيع التلجئة وأنواعه، الموسوعة الفقهية الكويتية، صادرة عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، ج9، الطبعة الثانية، دار السلاسل، الكويت، 1427 هـ، ص. 62؛ عدنان عبد الهادي حسن حسان، ص. 52، 53.

[3]– وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج4، ص. 193.

[4]– مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص. 441، 442.

أما حكم هذا العقد في الفقه الإسلامي عامة[1]، والمالكي منه[2] فهو البطلان رغم قيامه في الظاهر، وذلك لانتفاء إرادة حقيقية لإنشاء كحال الهازلين.

II- المواضعة في البدل[3]:

حيث تتعلق المواضعة هنا بمقدار البدل لا أصل العقد، ومثالها الاتفاق على زيادة الثمن في بيع العقار لمنع الشفيع من الشفعة، أو زيادة المهر ظاهرا لغرض الرياء والشهرة، وحكمه في الفقه الاسلامي[4] ومنه المالكي[5]، اعتبار العقد صوري ولا عبرة ببدله المتواضع عليه.

III – المواضعة في الشخص[6]:

وفيها تتعلق المواضعة بالشخص لا أصل العقد، ومثالها الشخص الذي يتعاقد باسمه ولمصلحته في الظاهر ولمصلحة غيره باطنا، ثم يصرح بأن كل عقوده أو بعضها هي في حقيقة الأمر لمصلحة ذلك الغير، وأن اسمه فيها كان مستعارا فقط . وعلى ذلك يظهر في هذا النوع من المواضعة الوكيل بمظهر الأصيل، وعندها يحل الشخص الحقيقي محل هذا الشخص الصوري (أي الوكيل) فتنتقل إليه أثار العقد صيانة لحقوق الغير.

---

[1]- الموسوعة الفقهية الكويتية، نفس المرجع، ص. 64-66؛ هبة الزحيلي، نفس المرجع، ج4، ص. 193.

[2]- الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج 3، المرجع السابق، ص. 50 ،51.

[3]- مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص. 442-444.

[4]- مصطفى الزرقا، نفس المرجع، ص. 444؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ص. 66 ،67.

[5]- إلى ذلك ذهب المالكية قياسا على مهر السر ومهر العلانية، راجع، الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج2، المرجع السابق، ص. 313؛ الخرشي المالكي، المرجع السابق، ج3، ص. 272، 273.

[6]- مصطفى الزرقا، نفس المرجع، ص. 445.

وخلاصة لما سبق، يتضح بالمقارنة بين بيع التلجئة (أو المواضعة) في الفقه الاسلامي عامة ومنه المالكي أنه يقترب كثيرا من القانون الفرنسي في فكرة حماية الدائنين من صورية العقود، إذ أن الصورية المتعلقة بأصل العقد تؤدي إلى بطلان العقد وفق ما يقابل الصورية المطلقة في الفقه الفرنسي. أما الصورية المتعلقة بالبدل وشخص المتعاقد فهي أقرب للصورية النسبية وفق ذات الفقه الفرنسي أعلاه.

ثم بعيدا عن الصورية في العقود، اتضح خليا موافقة القانون المدني الفرنسي للفقه المالكي في جل تفاصيل أحكام انتقال أثر العقود إلى المتعاقدين اتفاقهما في انتقال أثرها إلى خلفهما العام وخلفهما الخاص وكذلك إلى الدائنين، فهل اتفقا كذلك في تنظيمها لانتقال أثر العقود إلى الغير في الأحوال التي يمكن التسليم فيها بوجود أثر للعقد امتد للغير؟

المطلب الثاني
أثر العقد بالنسبة للغير

خلصنا سابقا إلى أن آثار العقد لا تنصرف كقاعدة عامة إلى الغير، ذلك أن الذي يُعنى بآثاره هما المتعاقدان وخلفهما العام ثم الخاص، فضلا عن امتداد هذا الأثر إلى الدائنين في بعض الأحوال.

ويقصد بالغير في هذا المجال الشخص الأجنبي عن العقد الذي لا يمتد أثره إليه كقاعدة عامة. ويكون امتداد هذا الأثر من خلال استثناء يقصد فيه المتعاقدين تمديد أثر العقد إلى الغير الأجنبي على العقد بإرادتهما، وهو ما المقصود بأثر العقد إلى الغير[1].

[1]- Cf. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p.341 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., pp.432-433.

وانطلاقا مما سبق، نتطرق في هذا العنصر لتلك الحالات التي استثناها القانون الفرنسي من القاعدة القائلة بعدم جواز امتداد أثر العقد إلى الغير، وهي حالات قصد فيها المتعاقدين انصراف أثر عقدهما الى الغير وقت التعاقد، من خلال ما يعرف بالتعهد عن الغير (الفرع الأول)، ثم الاشتراط لمصلحة الغير (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التعهد عن الغير (Promesse de porte-fort)

بالرجوع إلى القانون المدني الفرنسي ونص مادته 1119 خاصة، نجد المشرع ينص فيها على " لا يجوز بوجه عام أن يلتزم شخص أو يشترط باسمه إلا لنفسه"[1]، إلا أن المشرع الفرنسي أورد استثناء في المادة التالية حيث قال في المادة 1120 " ومع ذلك يجوز للشخص أن يوثق للغير بأن يتعهد بصدور عمل منه، أو يدفع من تعهد عن الغير، أو وعد الحصول على إقراره، تعويضا إذا رفض الغير هذا التعهد "[2].

وعلى ذلك، سنحاول البحث عن مدى تأثر المشرع الفرنسي في تنظيمه لهذا الاستثناء من خلال التوقف عند شروطه وأحكامه في القانون الفرنسي (أولا)، ثم ما يقابله في الفقه المالكي وإجراء مقارنة بينهما (ثانيا).

1- Article 1119: « On ne peut, en général, s'engager, ni stipuler en son propre nom, que pour soi-même ».

2- Article 1120 : « Néanmoins, on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci ; sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement ».

أولا: التعهد عن الغير في القانون الفرنسي:

من خلال نص المادة 1120 من ق م ف أعلاه، حاول الفقه الفرنسي[1] دراسة التعهد عن الغير من خلال تبيان المقصود به ثم شروطه، لينتقل بعد ذلك لتبيان أحكامه، ذلك أن المقصود بالتعهد عن الغير في هذا المجال هو الحصول على رضاه حينما يلزم المتعاقد غيره لحظة التعاقد لسبب من الأسباب. ومثاله تصرف شركاء على الشيوع في شيء مشترك فيه شريك غائب أو قاصر، ويكون تصرفهم بالتعاقد أصالة عن أنفسهم وتعهد عن القاصر أو الغائب (وهما الغير هنا)، ومثاله أيضا الوكيل الذي يتجاوز حدود وكالته و لم يستطع الحصول على إذن الموكل، فيتعاقد باسمه وتعهدا عن الموكل.

أما شروط هذا التعهد وأحكامه فستنعرض كلا منهما وفقا لما يلي:

I- شروط التعهد عن الغير:

يشترط الفقه الفرنسي[2] في التعهد عن الغير ليكون صحيحا ثلاثة شروط هي:

أ- أن يتعهد الشخص باسمه لا باسم الغير الذي تعهد عنه. ومن خلال هذا الشرط

1- Cf. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.341-344 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., p.419 ; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.51-60 ;

جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، المرجع السابق، ص. 736-750.

2- Cf. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.341-343 ; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.54-56 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., p.432 ;

جاك غستان، نفس المرجع، ص. 736-742.

يبرز الفرق الجوهري بين التعهد عن الغير والنيابة في التعاقد السابق التعرض لها[1] في تكوين العقد.

ب- أن يريد المتعهد عن الغير إلزام نفسه لا إلزام الغير، وهو ما يتضح من المعنى المباشر المشار إليه في المادة 1119 من ق م ف أعلاه ثم الاستثناء الوارد بعدها في المادة 1120.

ج- أن ينصب الالتزام الذي ألزم به المتعهد نفسه على حمل الغير المتعهد عنه على إقرار هذا التعهد، ومفاد ذلك أن المتعهد مطالب بتحقيق نتيجة ممثلة في حمل المتعهد على إقرار التعهد ولا يعذر في حالة عدم إقرار هذا الغير للتعهد ببدله عناية لم تؤد إلى إقرار الغير، إذ أن المادة 1120 أعلاه ستلزمه بالتعويض كما سيتضح في أحكام هذا التعهد.

II- أحكام التعهد عن الغير[2]:

تختلف هذه الأحكام باختلاف موقف الغير من هذا التعهد، ذلك أن هذا الأخير مخير بين قبول التعهد ورفضه. فإذا اختار اقرار التعهد اعتبر هذا الاقرار صريحا كان أم ضمنا قبولا للإيجاب المعروض عليه من المتعاقد مع المتعهد، وينشأ بموجب هذا القبول عقد جديد بينه وبين المتعاقد يختلف عن عقد هذا الاخير مع المتعهد من حيث الأطراف، والمحل، والتاريخ.

---

[1]- راجع الصفحة 72، 73 من هذه الدراسة.

[2]- Cf. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.343-345 ; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.56-60 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., p.433 ;

جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، المرجع السابق، ص. 742-750.

أما إذا رفض الغير هذا التعهد فلا مسؤولية تترتب على رفضه، إلا أن المتعهد يبقى مسؤولا بموجب عقد التعهد، وعليه واجب التعويض عن الضرر الذي أصاب المتعاقد من جراء رفض الغير للتعهد وفق ما نصت عليه المادة 1120 أعلاه. غير أن المتعهد يستطيع أن يقوم بتنفيذ التعهد متى كان ذلك ممكنا. كما يستطيع أن ينفي مسؤوليته بإثبات القوة القاهرة أو الخطأ في جانب المتعاقد الأخر، إلا أن امتناع الغير عن اقرار التعهد لا يعتبر قوة قاهرة تخوله التنصل من التعويض.

ثانيا: التعهد عن الغير في الفقه المالكي:

مما يجب الإشارة إليه بداية به في هذا المجال، أن الفقه المالكي شأنه شأن الفقه الإسلامي عامة لا يمد أثر العقد إلى الغير الأجنبي عن العقد مادام هذا الغير ليس من الخلف أو الدائنين وفق المعاني المذكورة سابقا، وفي هذا كل الاتفاق مع القاعدة العامة التي قال بها الفقه الفرنسي أعلاه، وزادها ايضاحا بنصه في المادة 1119 على عدم جواز إلزام الشخص إلا لنفسه. إلا أن الفقه المالكي والإسلامي عامة وإن اتفقا مع القانون الفرنسي حول هذا المبدأ، يجب الاقرار باختلافهما الكبير في مدى وجود استثناء عليه تحت مفهوم التعهد عن الغير. ذلك أن الفقه الاسلامي لا يجوز تعهد الشخص عن الغير بطريقة يلزم بها هذا الغير[1].

وبناء عليه، إذا أرد شريكان في الشيوع أن يتصرفا في الشيء المشاع وكان أحدهما قاصرا وفق الفكرة التي أخد القانون الفرنسي من خلالها بالتعهد عن الغير كما سبق، كان الحل في الفقه الاسلامي على غير ما ذهب إليه القانون الفرنسي، حيث يتعهد المشتري للبائع بأن شريكه القاصر سيقر البيع إذا بلغ سن الرشد، إلا أن هذا التعهد لا يعتبر تعهدا بقدر ما يكيف على كونه بيع ملك الغير الموقوف على

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج5، ص. 158، 159.

إجازة القاصر عند بلوغه سن الرشد، ويتم البيع تحت اسم بيع الفضولي في هذا الفرض وما شابهه، ذلك أن الشريك البالغ يبيع نصيبه كأصيل عن نفسه، ويبيع نصيب شريكه القاصر كفضولي، على أن يجيز القاصر هذا البيع عند بلوغه سن الرشد[1].

أما عن التمثيل لرأي الفقه المالكي المشابه لرأي الفقه الإسلامي عامة في المثال الثاني من الموقف الفرنسي أعلاه، فيقتضي التفريق وفق هذا السياق بين نوعين من التعهد، حيث أن المتعهد إما يكون وكيلا عن الشخص الذي تعهد عنه فنكون أمام أثار وكالة سبق التعرض لها في مجال النيابة الاتفاقية في الفقه المالكي[2]. وإما نكون أمام تعهد عن الغير بدون توكيل وهو من أعمال الفضالة حينها، حيث يتوقف على رضاء المالك وإلا بطل، وهو ما يستوجب تعويض الفضولي لهذا الغير[3].

وانطلاقا مما سبق، لا يمكن القول بوجود شبه بين التعهد عن الغير في القانون الفرنسي وتنظيم الفقه المالكي لهذه المسألة، إذ أن الأخير لا يعرف تعهدا عن الغير إلا في إطار فضالة تستوجب تعويضا يقدمه الفضولي للطرف المتعهد له في حالة عدم إقرار الغير لهذا التصرف، فهل ينطبق هذا الحال على الاشتراط لمصلحة الغير ؟

---

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج5، ص. 159، 160.

[2]- راجع الصفحة 78 إلى 82 من هذه الدراسة.

[3]- جاء في ذلك تحت عنوان بيع الفضولي " إنما يكون البيع موقوفا على رضا المالك إذا لم يكن حاضرا للبيع قال ابن رشد: إن كان حاضر الصفقة فسكت حتى انقضى المجلس لزمهالبيع، وكان له الثمن، وا ٍن سكت بعد انقضاء المجلس حتى مضى العام، ونحوه استحق البائع الثمن بالحيازة مع يمينه " الحطاب الرعيني المالكي، المرجع السابق، ج4، ص. 229؛ وجاء في هذا المعنى أيضا:" أن يكونا مالكين أو وكيلين لمالكين أو ناظرين عليهما فأما الشراء لأحد بغير إذنه أو البيع عليه كذلك فهو بيع الفضولي فينعقد ويتوقف على إذن ربه " ابن جزي، القوانين الفقهية،ج1، المرجع السابق، ص. 163؛ وراجع أيضا في بيع الفضولي من نصوص الفقه المالكي، الصاوي على الشرح الصغير، المرجع السابق، ج3، ص. 26؛ الصادق عبد الرحمن الغرياني، المعاملات في الفقه المالكي، المرجع السابق، ص. 68-70.

الفرع الثاني

الاشتراط لمصلحة الغير (Stipulation pour autrui)

كما كان الحال في التعهد عن الغير، سنحاول البحث عن مدى تأثر المشرع الفرنسي في تنظيمه لهذا الاستثناء من خلال التوقف عند شروطه وأحكامه في القانون الفرنسي (أولا)، ثم ما يقابله في الفقه المالكي واجراء مقارنة (ثانيا).

أولا: الاشتراط لمصلحة الغير في القانون الفرنسي:

بعد نص القانون المدني الفرنسي في مادته 1119 على مبدأ عام يتعلق بعدم جواز إلزام الشخص لغيره ثم استثناء التعهد عن الغير المنصوص عليه في المادة 1120، جاء المشرع الفرنسي باستثناء آخر لذلك المبدأ ممثلا في الاشتراط لمصلحة الغير، ونص في مادته 1121 على: "ويجوز كذلك الاشتراط لمصلحة الغير إذا كان هذا محملا على اشتراط اشترطه الشخص لنفسه، أو على هبة وهبها لأخر، ولا يجوز لمن اشترط للغير أن ينقض ما اشترطه إذا اعلن الغير عن رغبته في الاستفادة منه "[1].

وفي ذات الإطار، يتضح أن الاستثناء المتضمن الاشتراط لمصلحة الغير هو المقصود أيضا في المادة 1165 السابق التعرض لها، حيث نص فيها المشرع الفرنسي على: " ليس للاتفاقيات مفعول إلا بين الفريقين المتعاقدين، وهي لا تضر الغير على

[1] -Article 1121: « On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer si le tiers a déclaré vouloir en profiter ».

الإطلاق ولا تفيده إلا في الحالة المنصوص عليها في المادة 1121 "[1].

هذا ولا يوجد في الاشتراط لمصلحة الغير عقدين كما كان الحال في التعهد عن الغير، ذلك أن أطرافه الثلاثة لا تتعارض مع أساسه المتمثل في عقد وحيد يبرم بين المشترط والمتعهد، والمنتفع بعد ذلك يكسب حقه من ذلك العقد الذي لم يكن طرفا فيه، وفي ذلك خروجا عن مبدأ عدم انصراف أثر العقود إلى الغير، لكون أثر العقد هنا يتمثل في اشتراط حق للمنتفع الذي لم يكن طرفا في العقد[2].

ثم ما يجب الإشارة إليه في هذا المجال، أن هذا الاستثناء نتج بعد تطور تاريخي طويل[3] شهده الاشتراط لمصلحة الغير، إلى أن وصل في وقتنا الراهن لذروة تطوره من خلال عدة تطبيقات[4]، يتجسد أهمها في عقد التأمين.

أما شروط تحقق الاشتراط لمصلحة الغير وأحكام هذا الاشتراط في القانون الفرنسي، فنتعرض له وفق التالي:

1- Article 1165 : « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 ».

2 -Cf. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p.345 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., p.423.

3- راجع فيه:

جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، المرجع السابق، ص. 452-756؛ نسير رفيق، محاولة من أجل نظرية التصرف القانوني الثلاثي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري بتيزي وزو، الجزائر، 2014، ص. 21 وما يليها؛ وفي ذات الإطار،

MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., pp.423-426 ; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.454-455.

4- راجع فيها:

FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p.359,360 ;

جاك غستان، نفس المرجع، ص. 757، 758؛ آلان بينابنت، المرجع السابق، ص. 190.

I- شروط الاشتراط لمصلحة الغير[1]:

من خلال وجود ثلاثة أشخاص في الاشتراط لمصلحة الغير متمثلين في كل من المشترط والمتعهد ثم المنتفع، يشترط في الاشتراط لمصلحة الغير ثلاثة شروط هي:

أ- أن يشترط المشترط على المتعهد حقا مباشرا للمنتفع:

فإذا اشترط الحق لنفسه ثم حوله للمنتفع لا نكون إزاء اشتراط لمصلحة الغير، بل أمام عقدين، الأول بين المتعاقدين، والثاني حوالة حق[2] إلى المنتفع.

ب- أن يتعاقد المشترط باسمه الخاص لا باسم المنتفع:

وهو شرط يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن النيابة كما هو حال تميز التعهد عن الغير عن هذه الأخيرة.

ج – أن يكون للمشترط من وراء هذا الاشتراط مصلحة شخصية:

والمصلحة هنا لا يقصد بها المصلحة المادية فقط، بل يكفي أن تكون مصلحة أدبية، ومثالها هبة بين (أ) و (ب) يشترط فيها (أ) على (ب) رعاية يتيم على سبيل الاحسان كما لو كان (ب) دار رعاية أطفال.

1- Cf. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.346-351 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., pp.427-429 ;

جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، المرجع السابق، 759-781؛ آلان بينابنت، المرجع السابق، ص. 191، 192؛ نسير رفيق، المرجع السابق، ص. 25 وما يليها.

2- راجع في حوالة الحق، المواد 1689 إلى 1695 ق م ف.

II– أحكام الاشتراط لمصلحة الغير[1] :

وكما هو الحال في تأثر شروط الاشتراط لمصلحة الغير بأطرافه الثلاثة، تتأثر أحكامه وفق هذه الأطراف من خلال علاقة المشترط بالمتعهد، ثم علاقة المشترط بالمنتفع، لتمتد أخيرا لعلاقة المتعهد بالمنتفع.

أ– علاقة المشترط بالمتعهد:

وهي علاقة يحددها طبيعة العقد الذي أبرم بينهما، بحيث يلتزم كل منهما بما ألزمه به العقد الذي بينهما، وفي حالة امتناع أحد الطرفين عن التنفيذ كان للطرف الآخر المطالبة بالتنفيذ طبقا للقواعد العامة. كما له وفق ذات القواعد أن يدفع بعدم التنفيذ أو يطالب بالفسخ.

ب– علاقة المشترط بالمنتفع:

وهي علاقة تختلف باختلاف طبيعة الاشتراط، فإذا كان اشتراطا بعوض وجب إلزام المنتفع بالعوض، أما لو كان بغير عوض، فلا التزام يلقى على عاتق المنتفع اتجاه المشترط.

1–Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.466-471 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., pp.429-432 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.353-359 ;

جاك غستان، نفس المرجع، ص. 759–781؛ آلان بينابنت، المرجع السابق، ص. 192، 193؛ نسير رفيق، المرجع السابق، ص. 33 وما يليها.

ج- العلاقة المتعهد بالمنتفع:

وهذه العلاقة هي لب امتداد أثر الاشتراط إلى الغير (المنتفع)، حيث يرتب هذا الاشتراط حقا مباشرا للمنتفع يخوله مطالبة المتعهد بالتنفيذ أو بالتعويض مباشرة وليس باسم المشترط. كما أن آثار الانتفاع تذهب مباشرة إلى ذمة المنتفع دون مرور بالمشترط.

ثانيا: الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه المالكي:

كما كان الحال في التعهد عن الغير، لا يمكن القول بأن الفقه المالكي بل والإسلامي عامة يعرف نظرية مستقلة بشروطها وأحكامها تسمى الاشتراط لمصلحة الغير، رغم وجود أنظمة وتطبيقات تتداخل مفاهيمها والاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الاسلامي ومنه المالكي.

أما عن أبرز نظام يتداخل ومفاهيمه مع الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه المالكي والإسلامي عامة فهو نظام الوقف[1]، ذلك أن الواقف يجوز له فيه أن يشترط استحقاق الوقف لأشخاص معينين، كما يستطيع أن يشترطه لغير غير معينين. وهو ما يقترب من نظام الاشتراط لمصلحة الغير[2].

[1]- سبق التعرض للوقف من خلال تعريفه وبعض مراجعه في الفقه المالكي، راجع الصفحة 70 من هذه الدراسة؛ وعن الوقف في الفقه الإسلامي عامة راجع، وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 8، ط 2، ص. 151 وما يليها.

[2]- ومن نصوص الفقه المالكي في ذلك " فأما الحبس والوقف فمعناهما واحد لا يفترقان في وجه من الوجوه، فإذا حبس الرجل داره، أو عقاره، فلا يخلو تحبيسه من ثلاثة أوجه: **أحدها:** أن يكون على معينين. **والثاني:** أن يكون على مجهولين غير محصورين ولا معينين. **والثالث:** أن يكون على محصورين غير معينين، ... ه. فأما **الوجه الأول** – وهو أن يحبس على معين فيقول هذه الدار حبس على فلان، ... وأما **الوجه الثاني:** وهو أن يحبس داره أو عقاره على مجهولين غير معينين ولا محصورين مثل أن يقول على المساكين، أو في السبيل، أو على

هذا وبالإضافة إلى فكرة الاشتراط لمصلحة الغير القريبة من نظام الوقف، يوجد تطبيقات أخرى تظهر فيها فكرة الاشتراط لمصلحة غير المتعاقدين في الفقه المالكي نذكر منها:

I- اشتراط الربح للأجنبي عن العقد: ومثاله أن يبيع شيئا ويشترط على المشتري أن يقرض الأجنبي عن عقد البيع شيئا من الثمن، أو أن يقرض شخصا ويشترط عليه ربح القراض كله لأجنبي[1].

II- هبة الثواب: وهي أن يعطي الواهب شيئا هبة لمناسبة تعارف الناس على رد مثلها في مناسبة مشابهة، حيث جوز المالكية اشتراط ردها للغير كما في حال اشتراط الواهب ردها لولد ولده كونه واهب بدون ولد[2].

III- عقد المعلم: وهو عقد ينصب بطبيعته على تحقيق مصلحة لغير المتعاقدين، والمقصود بالغير هنا هو المتعلم[3] .

بني زهرة، وما أشبه ذلك؛ ... وأما **الوجه الثالث** وهو أن يحبس على محصورين غير معينين مثل أن يقول هذه الدار حبس على ولد فلان، أو على عقبه، أو على بنيه، أو على نسله، أو على ذريته، وما أشبه ذلك؛ ..."، ابن رشد القرطبي، المقدمات الممهدات، ج2، المرجع السابق، ص. 419، 420.

[1]- راجع في هذا المعنى، الخرشي المالكي، المرجع السابق، ج6، ص. 209؛ الحطاب الرعيني المالكي، المرجع السابق، ج4، ص. 375.

[2]- راجع في هذا المعنى وفي تفصيل هبة الثواب عند المالكية، بن رشد القرطبي، البيان والتحصيل، ج18، ص. 162 وما يليها

[3]-" لا بأس بما يأخذه المعلم اشترط ذلك أو لم يشترط، قال: وإن كان اشترط على تعليم القرآن شيئا معلوما كان ذلك جائزا ولم أر به بأسا"، مالك بن انس الأصبحي، المرجع السابق، ج 1، ص. 160؛ وجاء في نفس المرجع تحت عنوان باب في إجارة المعلم " قلت أرأيت إن استأجرت رجلا يعلم لي ولدي القرآن يحذقهم القرآن بكذا وكذا درهما؟ قال: قال مالك: لا بأس بذلك. قلت: وكذلك إن استأجره على أن يعلم ولده القرآن كل شهر بدرهم أو كل سنة بدرهم؟ قال: قال مالك: لا بأس بذلك".

قلت: وكذلك إن: استأجره على أن يعلم ولده القرآن كله بكذا وكذا؟ قال: لا بأس بذلك. قال: ولا بأس بالسدس أيضا مثل قول مالك في الجميع... "، مالك بن انس الأصبحي، نفس المرجع، ج 3، ص. 430.

وخلاصة لما سبق، يمكن القول إن الفقه المالكي وإن عرف تطبيقات تتمحور حول فكرة الاشتراط لمصلحة الغير كما هو الحال في القانون المدني الفرنسي، من الصعب القول بوجود تشابه كبير بينها في هذا المجال، ذلك أن القانون المدني الفرنسي ومن بعده الفقه الفرنسي جعل للاشتراط لمصلحة الغير شروطا وأحكاما تختلف باختلاف العلاقة الموجودة بين أطرافه الثلاثة. أما الفقه المالكي فعرف التطبيقات السابقة المتناثرة تحت مسميات وأسس مختلفة، وهو ما جعل البعض من المشتغلين بالمقارنة بين الشريعة الإسلامية والفقه الغربي (خاصة الفرنسي منه) يذهبون[1] إلى القول بعدم أخد الشريعة الإسلامية بنظام الاشتراط لمصلحة الغير.

إلا أن اختلاف القانون المدني الفرنسي والفقه المالكي في تنظيم أثار العقد بالنسبة إلى الغير كاستثناء لا يؤثر كثيرا في توافقهما الكبير في جل أحكام انتقال أثار العقد إلى أشخاصه، مما يستوجب التساؤل عن مدى اتفاقهما في الشق المتعلق بآثار العقد بالنسبة إلى موضوعه؟

---

[1]– ونذكر من نصوصهم ما يلي " إن الشريعة الإسلامية لم تقر ذلك (وهنا الحديث كان عن الاشتراط لمصلحة الغير)، نعم الوقف يجوز للواقف أن يشترط استحقاق الوقف لأشخاص معينين أو غير معينين أو غير موجودين، ولكن هذا له أحكامه الخاصة المعروفة في كتب الوقف، وعلى كل حال ليس له علاقة بالعقود "، صبحي محمصاني، المرجع السابق، ص. 229.

المبحث الثاني
أثر العقد بالنسبة للموضوع

كما أن أثر العقد نسبيا بالنسبة إلى أشخاصه وفق ما سبق التعرض اليه أعلاه، العقد نسبي أيضا في أثر قوته الملزمة من حيث الموضوع، ذلك أن الملتزم بالعقد لا يلتزم إلا بما ورد في مضمونه، وهو ما يثير مسائل مهمة بداية بتفسير العقد وتحديد نطاقه وفق ما يعرف بالقوة الملزمة للعقد من جهة، ثم مسؤولية الملتزم بالعقد في التنفيذ وفق ما يعرف بالمسؤولية العقدية من جهة أخرى.

المطلب الأول
القوة الملزمة للعقد

ونبحث عن مدى تأثر المشرع الفرنسي بتنظيمه لهذه القوة بالوقوف عند تحديد مضمون العقد من خلال تفسيره في ضوء ما أراده المتعاقدين (الفرع الأول)، ثم التزام المتعاقدين بمضمون العقد كما تحدد فيه دون زيادة أو نقصان باعتباره شريعة لهما (الفرع الثاني).

الفرع لأول
تفسير العقد

ينطلق المشرع الفرنسي من اعتبار العقد شريعة للمتعاقدين كما هو منصوص عليه في المادة 1134 من ق م[1]، وعلى ذلك وجب تفسير العقد[2] باحترام إرادة

---

[1]- سبق التعرض إليها بنصها الفرنسي الاصلي في الهامش رقم 1 من الصفحة 183 من هذه الدراسة.

[2]- راجع في تطرق الفقه الفرنسي لتفسير العقد:

EGEA Vincent, L'interprétation des contrats : regard sur l'actualité des articles 1156 et suivants du Code civil, 07/12/2015, site internet, www.institut-idef.org ; FLOUR

المتعاقدين المجسدة في مبدأ سلطان إرادة الأطراف. وقد وضع القانون المدني الفرنسي قواعد يسترشد بها القاضي حين تفسيره للعقد، حيث خصص لها فصلا مستقلا بداية من المادة 1156 وصولا إلى المادة 1164.

ولعل ما يلاحظ قبل التوقف عند هذه المواد، أن الاسهاب فيها ليس في محله، كون الأحكام الواردة فيها غير اجبارية للقاضي، ذلك أن المبدأ الجوهري في هذه المسائل هو التعرف على الارادة الحقيقة للمتعاقدين[1]، ولو تطلب الأمر من القاضي مخالفة هذه المواد، على اعتبار أن الأمر مسألة موضوعية للقاضي وليست قانونية[2]. أما التكييف القانوني للواقع وما ترتب عليه من أثار، فهو مسألة قانونية يخضع فيها لرقابة محكمة النقض[3].

هذا وبالرغم من كون قواعد التفسير الواردة في النصوص القانونية المحصورة أعلاه هي في جلها تخضع لتقدير القاضي باعتبارها مسالة موضوعية، إلا أن القاضي يلتزم في حالتين[4] فيها بالناحية القانونية التي تخضعه لرقابة محكمة النقض من حيث

Jacques, AUBERT Jean-Luc , op.cit., pp.289-295 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit.,p.370-374 ; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.481-489 ; JOSSERAND Louis, op.cit., pp.136-141 ; COLIN Ambroise et CAPITANT Henri, op.cit., pp.66-67.

جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، المرجع السابق، ص. 18-82؛ آلان بينابنت، المرجع السابق، ص. 203-218.

1-Cf. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p.290 ; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.481,482 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., p.370 ; EGEA Vincent, op.cit., pp.5-8.

2- Cf. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p.290 ;

جاك غستان، نفس المرجع، ص. 24-26.

3- Cf. EGEA Vincent, op.cit., pp.3-4 ; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p.486-489 ; JOSSERAND Louis, op.cit., p.140.

4- Cf. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p.290,291 ;

مدى تطبيق القانون، ألا وهي وجوب تفسير العقد بما يصب في نية المتعاقدين المشتركة. أما الحالة الثانية فتتمثل في وجوب التزام القاضي بالإرادة التي لا تحتاج إلى تفسير حينما نكون أمام عقد تتضح فيه إرادة اطرافها بطريقة لا تحتاج إلى تفسير.

ففي الحالة الأخيرة، إذا كانت إرادة المتعاقدين واضحة وضوح المظهر الذي اختاره أصحابها للتعبير، وجب على القاضي الالتزام بهذا الوضوح وعدم تصور وجود إرادة أخرى للمتعاقدين في غير ما تدل عليه هذه الإدارة الواضحة[1]. وهو ما سبق الإشارة إليه حين التعرض لموقف المشرع الفرنسي في التعبير عن الإرادة بين نظرية الارادة الظاهرة ونظرية الارادة الباطنة[2]. بل وما ذهب إليه الفقه المالكي من قبل حين قوله بعدم جدوى البحث عن إرادة المتعاقدين الحقيقة متى كانت عبارات العقد واضحة وأبرز مثالها في المذهب انعقاد العقد بصيغة الماضي، ذلك أن الإرادة الحقيقة حينها هي الإرادة التي تدل عليها عباراته الواضحة [3].

وعلى هذا الأساس، نبحث في هذه المسائل عن مدى تأثر المشرع الفرنسي بالفقه المالكي من خلال التعرض للحالة التي تكون فيها إرادة المتعاقدين غامضة وتدخل القاضي لتفسيرها بداية بالقانون المدني الفرنسي (أولا)، ثم ما يقابله في الفقه المالكي (ثانيا):

جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، المرجع السابق، ص. 36

[1]- Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p.481 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p.293,294 ;

جاك غستان، نفس المرجع، ص. 207.

[2]- راجع الصفحة 50 من هذه الدراسة.

[3]- راجع الصفحة 52 من هذه الدراسة.

أولا: البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين في القانون المدني الفرنسي:

على النقيض مما ذهب إليه المشرع الفرنسي في عبارات العقد الواضحة أعلاه، يجب على القاضي أن يلجأ إلى قواعد تفسير العقد بغية البحث عن الإرادة الحقيقة للمتعاقدين متى كانت هذه الإرادة غير واضحة، وفي ذلك أخد بأهم مظهر من تبني المشرع الفرنسي لنظرية الإرادة الباطنة المنصوص عليها في عدة مواضع أهمها المادة 1156 من ق م ف حيث جاء في نصها:" يجب البحث في العقود عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الاقتصار عند المعنى الحرفي للألفاظ"[1].

هذا ومن خلال الأحكام المنصوص عليها في المواد 1156 إلى 1164 من القانون المدني الفرنسي تحت عنوان " تفسير العقود"، نص المشرع الفرنسي على عدة عوامل خارجية يمكن للقاضي الاسترشاد بها في تفسير العقد نذكرها وفق ورودها كالتالي:

- عند وجود شرط مبهم في العقد يحتمل معنيين، يجب تفسيره بالمعنى الذي ينتج أثرا (المادة 1157 ق م ف[2]).

- في التعبير الذي يحمل معنيين، ينبغي الأخذ بالمعنى الذي يكون أكثر ملائمة لموضوع العقد المادة (1158 ق م ف[3]).

[1]–Article 1156 : « On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ».

[2]–Article 1157: « Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun ».

[3]–Article 1158: « Les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la matière du contrat ».

- تفسير ما هو ملتبس وفق العرف الجاري في بلد إبرام العقد (المادة 1159 ق م ف[1]).

- وجوب إكمال شروط العقد بما يفرضه عرف المعاملة ولو لم يكن معبرا عنه فيها (المادة 1160 ق م ف[2]).

- عبارات العقد يفسر بعضها بعضا (المادة 1161 ق م ف[3]).

- في حالة الاشتباه يكون التفسير بما فيه فائدة للملتزم (المادة 1162 ق م ف[4]).

- العبارات العامة يحددها الموضوع الذي تم التعاقد عليه (المادة 1163 ق م ف[5]).

- عند تخصيص حالة بالتفسير في العقد، فإن ذلك لا يجعلها تنفرد بالحكم (المادة 1164 ق م ف[6]).

ومن خلال التوقف عند هذه العوامل الخارجية التي يمكن للقاضي الاسترشاد بها بغية تفسير العقد غير الواضح، يمكن تقسيمها إلى قسمين هما:

---

1 –Article 1159: « Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé ».

2 –Article 1160: « On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées ».

3 –Article 1161: « Toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier ».

4 –Article 1162: « Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ».

5 –Article 1163: « Quelque généraux que soient les termes dans lesquels une convention est conçue, elle ne comprend que les choses sur lesquelles il paraît que les parties se sont proposé de contracter ».

6 –Article 1164: « Lorsque dans un contrat on a exprimé un cas pour l'explication de l'obligation, on n'est pas censé avoir voulu par-là restreindre l'étendue que l'engagement reçoit de droit aux cas non exprimés ».

I– قواعد يفسر بها القاضي عبارات العقد غير الواضحة بالرجوع إلى نفس العقد[1]: وهي الحالات المذكورة أعلاه في المواد، 1157، 1158، 1161، 1163، 1164.

II– قواعد يفسر القاضي بها العبارات غير الواضحة بالرجوع الى عوامل أخرى غير العقد[2]: وهي حالات المواد، 1159، 1160، 1162 ق م ف.

ثانيا: موقف الفقه المالكي من الإرادة غير الواضحة للمتعاقدين:

ما يجدر التنبيه عليه قبل الرجوع إلى أحكام الفقه المالكي بحثا عما يقابل النصوص المتضمنة للعوامل الخارجية التي يمكن للقاضي الاسترشاد بها في تفسير العقد وفق القانون المدني الفرنسي أعلاه، أن المذهب المالكي هو الآخر ينطلق مما بدأ به المشرع الفرنسي في مادته 1156 من ق م بخصوص ضرورة البحث عن الإرادة الحقيقة أو النية المشتركة للمتعاقدين حينما تكون ألفاظ العقد غير واضحة، وهو ما اتضح[3] حين الحديث عن ألفاظ العقد وعدم جدوى البحث عن النية المشتركة

---

[1]– راجع في شرحها،

Cf. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.291 ; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p.482 ; EGEA Vincent, op.cit., pp.8-9.

جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، المرجع السابق، ص. 49، 50.

[2]– راجع في شرحها،

Cf. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p.291 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., pp.371-372 ; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.488-485 ; JOSSERAND Louis, op.cit., pp. 138-139 ; EGEA Vincent, op.cit., pp.9-11.

جاك غستان، نفس المرجع، ص. 51،52، 64–66؛ آلان بينابنت، المرجع السابق، ص. 207، 210، 211، 216.

[3] – راجع الصفحة 52 من هذه الدراسة.

للمتعاقدين متى تم العقد بلفظ الماضي، أما بقية الصيغ فهي محل للبحث عن النية الحقيقة للمتعاقدين دون التقيد بالمعنى الحرفي للألفاظ.

وعلى ذلك، سنحاول البحث عن أثر الفقه المالكي في مواد النصوص التي يفسر بها القاضي عبارات العقد غير الواضحة بالرجوع الى نفس العقد (I)، لننتقل بعدها إلى النصوص التي يلجأ لها القاضي بالرجوع إلى عوامل أخرى غير العقد (II).

I– القواعد يفسر بها القاضي عبارات العقد غير الواضحة بالرجوع الى نفس العقد:

ونتعرض لها وفقا للتالي:

أ– تفسير الشرط المبهم الذي يحتمل معنيين في العقد بالمعنى الذي ينتج أثرا (المادة 1157 ق م ف)، وفي التعبير الذي يحمل معنيين، ينبغي الأخذ بالمعنى الذي يكون أكثر ملائمة لموضوع العقد (المادة 1158 ق م ف)، وفي نفس النطاق تفسير العقد من خلال العبارات التي تفسر بعضها البعض (المادة 1161 ق م ف).

والمثال عن تفسير الشرط المبهم الذي يحتمل معنيين بما ينتج أثرا في المذهب المالكي الأجل المبهم هو بيع السلم[1]، حيث يشترط فيه تأجيل المسلم إلى أجل معلوم معتاد عند التسليم، ذلك أن هذا النوع من البيوع لا يحتاج فيه لضرب الأجل كما هو حال المزارع وقت الحصاد أو نضج الثمار، وحينها يحتمل الأجل معنى ينتج أثره من خلال المعتاد ومراعاة أقل الأجل، بل أنه يدخل كذلك في التفسير الأكثر ملائمة

[1] – سبق تبيان تعريفه من الفقه المالكي في هامش الصفحة 120 من هذه الدراسة.

لهذا النوع من العقود[1].

أما الأخذ في التعبير الذي يحمل معنيين بالمعنى الذي يكون أكثر ملائمة لموضوع العقد، فمثاله الوقف الذي يقول فيه صاحبه " وعلى اثنين وبعدهما على الفقراء ..."، حيث يفسر هذا الشرط على أن نصيب من مات منهما لا يكون للآخر بل للفقراء، ذلك أن هذا التفسير هو الأكثر ملائمة لموضوع العقد وهو الوقف هنا[2].

ب – العبارات العامة لا تنصرف إلا للأثر الذي قصده المتعاقدان منها (المادة 1163 ق م ف).

فإذا كانت عبارات العقد عامة وجب تحديدها بالرجوع إلى الموضوع الذي تم التعاقد عليه والاتفاق بخصوصه من المتعاقدين، وفي ذلك يذهب المذهب المالكي إلى عدم انصراف العبارات العامة لغير ما تحتمله من معان اتفقا عليها المتعاقدين، ومثاله وجوب تنفيذ جميع الأحكام التي تتضمنها عبارات العقد العامة من باب لزومها إياه

[1] – " جاء في ذلك " الشرط الثالث (أن يؤجل) أي السلم بمعنى المسلم فيه (بمعلوم) أي بأجل معلوم للمتعاقدين ولو حكما كمن لهم عادة بوقت القبض وا ٕلا فسد " وفي شرحه " (قوله وأن يؤجل) أي لأجل أن يسلم من بيع ما ليس عند الإنسان المنهي عنه بخلاف ما إذا ضرب الأجل فإن الغالب تحصيل المسلم فيه في ذلك الأجل فلم يكن من بيع الإنسان ما ليس عنده إذ كأنه إنما بيع ما هو عنده عند الأجل، واشترط في الأجل أن يكون معلوما ليعلم منه الوقت الذي يقع فيه قضاء المسلم فيه والأجل المجهول لا يفيد للغرر وا ٕنما حد أقل الأجل بخمسة عشر يوما لأنها مظنة اختلاف الأسواق غالبا واختلافها مظنة لحصول المسلم فيه فكأنه عنده (قوله كمن لهم عادة بوقت القبض) أي فلا يحتاج لضرب الأجل وذلك كأرباب المزارع وأرباب الألبان وأرباب الثمار فإن عادة الأول القبض عند حصاد الزرع وعادة من بعدهم الوفاء بدفع ما عليهم زمن الربيع وزمن جذ الثمار ..."، الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج3، المرجع السابق، ص. 205.

[2]– " إ ذ وقف (على اثنين) معينين كزيد وعمرو (وبعدهما) أي بعد كل واحد منهما يكون (على الفقراء) فيكون (نصيب من مات) منهما (لهم) أي للفقراء لا للحي منهما وسواء قال حياتهما أم لا وأخذ من هذه المسألة أن قول الواقف تحجب الطبقة العليا منهم أبدا الطبقة السفلى معناها أن كل أصل يحجب فرعه فقط دون فرع غيره وكذا في ترتيب الواقف الطبقات كعلى أولادي، ثم أولاد أولادي إلا أن يجري عرف بخلافه فيعمل به؛.."، الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج4، نفس المرجع، ص. 86.

حينما تكون من مشتملاته، ما لم يقض الاتفاق أو العرف بخلاف ذلك[1] .

ج- عند تخصيص حالة بالتفسير في العقد، فإن ذلك لا يجعلها تنفرد بالحكم (المادة 1164 ق م ف).

ومعنى ذلك في المذهب المالكي أن تقييد العقد على حالة من حالاته لا يجعلها سارية على غيرها ما، لم يدل التعبير على غير ذلك، ومثالها القول أن فلانا وصيي دون تقييد للوصاية فتشمل بذلك جميع جوانبها، والقول أن فلانا وصيي على كذا وكذا فلا تشمل حينها إلا المجال المقيدة به[2].

---

[1]- " وتناول العقد على الأرض ما فيها من بذر لا الزرع الظاهر عليها لأن إباره خروجه فلا تتناوله (و(لا تتناول (مدفونا) فيها من رخام أو عمد أو غير ذلك حيث باع أرضه غير عالم بما فيها وعلم المالك أو ادعاه وأشبه أن يملكه هو أو مورثه وإلا فهو لقطة إن علم أنه لمسلم أو ذمي وإلا فركاز وهذا معنى قوله (كلو جهل) مالكه أي فلا تتناوله بل لقطة أو ركاز وأما ما تخلق فيها من المعادن فهو للمشتري جزما ويؤخذ منه أن من اشترى حوتا فوجد في بطنه جوهرة أنها للمشتري ما لم يعلم أنه جرى عليها ملك الغير وإلا فهي لقطة .
(ولا) يتناول (الشجر) أي العقد عليه (الثمر المؤبر) كله هو (أو أكثره) والتأبير خاص بالنخل وهو تعليق طلع الذكر على الأنثى لئلا تسقط ثمرتها وأما التأبير في غيره من الثمار فهو بروز جميع الثمرة عن موضعها وتميزها عن أصلها وأما الزرع فإباره أن يظهر على وجه الأرض وسواء وقع الشراء على الشجر فقط أو دخل ضمنا بأن اشترى أرضا بها شجر فيه ثمر مؤبر ومفهوم أكثره شيئان النصف وسينص عليه والأقل المؤبر وهو تبع للأكثر الغير المؤبر ومثله غير المنعقد فللمبتاع ... "، الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج3، المرجع السابق، ص. 172.

[2] – " إذا قال اشهدوا على أن فلانا وصيي، ولم يزد على ذلك، فإنه يكون وصيه في جميع الأشياء ويزوج صغار بنيه ومن بلغ من الكبار من أبكار بناته بإذنهن إلا أن يأمره الأب بالإجبار أو يعين الزوج والثيب بأمرها فيقيد عموم ما هنا بما مر في باب النكاح وظاهره أنه دخل في العموم ما إذا كان الموصي وصيا على أيتام وهو ظاهر المدونة فيكون للوصي الولاية عليهم وقيل لا يدخلون إلا بالنص على دخولهم، وإذا قال فلان وصيي على الشيء الفلاني، فإن نظر الوصي يختص به، ولا يتعداه إلى غيره كما إذا قال فلان وصيي حتى يقدم فلان الفلاني، فإنه يكون وصيا له في جميع الأشياء لكن إلى أن يقدم فلان الفلاني، فإذا قدم، فإنه لا يكون وصيا وينعزل بمجرد القدوم "، الخرشي المالكي، المرجع السابق، ج8، ص. 191.

II– القواعد التي يلجأ لها القاضي لتفسير العبارات غير الواضحة بالرجوع الى عوامل أخرى غير العقد:

أ– تفسير الكلمات المبهمة وفق العرف (المادة 1159 ق م ف)، ووجوب إكمال شروط العقد بما يفترضه عرف المعاملة ولو لم يكن معبرا عنه فيها (المادة 1160 ق م ف):

وقد تقدمت الإشارة في المذهب المالكي أعلاه إلا عدم الاقتصار في العقود على ما هو مذكور في منطوقها، بل لابد من تنفيذ جميع مشتملاتها وفق عوامل أخرى منها العرف والعادة. أما مضمون المادة 1160 فيتفق مع إضافة لوازم العقد وتوابعه، وهو ما أفاض فيه الفقه المالكي حين الحديث عن بيان ما يتناوله البيع وما لا يتناوله[1].

ب – تفسير الشك لمصلحة المدين (المادة 1162 ق م ف): ذلك أن الفقه المالكي[2]، شأنه شأن الفقه الاسلامي عامة[3]، يفسر فيه الشك لمصلحة المدين، وقد

---

[1]– ومما جاء في ذلك أيضا من نصوص الفقه المالكي " فصل في بيان أن العقد على شيء يتناول غيره بالتبع (تناول البناء والشجر) أي العقد عليهما من بيع أو رهن أو وصية وينبغي أن الهبة والصدقة والحبس كذلك (الأرض) التي هي بها (وتناولتهما) أي تناول العقد على الأرض ما فيها من بناء وشجر ومحل ذلك إن لم يكن شرط أو عرف وإلا عمل عليه "، الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج3، المرجع السابق، ص. 171.

[2]– ومثاله استئجار شخص لدابة، لم يعلم مالكها سبب كرائها، حيث يفسر عدم العلم لمصلحة المكتري، وفي ذلك جاء:" اكترى من شخص دواب (ليحمل على دوابه مائة) من مكيل أو معدود أو موزون إن سمى قدر ما تحمله كل دابة بل (وإن لم يسم ما لكل) من الدواب (وعلى حمل آدمي لم يره) رب الدابة حين الكراء؛ لأن الأصل تقارب الأجسام والرؤية هنا علمية (ولم يلزمه) أي رب الدابة (الفادح) أي حمله، وهو الثقيل ذكرا أو أنثى فليست من الفادح مطلقا " وشرحه " (قوله: بل، وإن لم يسم إلخ) أي وحينئذ فيحمل على دابة بقدر قوتها (قوله: وعلى حمل آدمي) أي وجازت الإجارة على حمل آدمي لم يره رب الدابة ويلزمه حمل ما أتى به المستأجر من ذكر أو أنثى حيث كان غير فادح، وأما الفادح فلا يلزمه حمله (قوله: لم يره) أي، ولم يوصف له أيضا، وإن لم يكن على خيار بالرؤية هذا ..." الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج4، المرجع السابق،ص.37،36.

[3]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع لسابق، ج6، ص. 41، 42.

أورد هذا الأخير قواعد ثلاث[1] تدور كلها حول هذا المبدأ ممثلة في:

1 – قاعدة اليقين لا يزول بالشك: فإذا كان هناك شك في مديونية الشخص، زالت هذه المديونية من خلال اليقين بكونه برئ الذمة.

2– الأصل بقاء ما كان على ما كان: ذلك أن براءة الذمة تسبق المديونية، وتبقى كذلك قائمة حتى تزول بمديونية قائمة على يقين.

3– الأصل براءة الذمة: وهو ما يفترض براءة المدعى عليه حتى يقيم المدعي دليلا قاطعا يثبت فيه المديونية.

وانطلاقا من كل ما سبق، يتضح أن القانون المدني الفرنسي يتفق كل الاتفاق مع الفقه المالكي في الأحكام التي قررها مواده المتضمنة لتفسير العقد، ذلك أن كلا منهما ينطلق من ضرورة البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين في العقود دون الاقتصار عند المعنى الحرفي للألفاظ، وهو ما جعل القانون الفرنسي ومن قبله الفقه المالكي يوفر عوامل خارجية يستطيع القاضي أن يسترشد بها للبحث عن تلك النية المشتركة للمتعاقدين في الحالة التي تكون فيها عبارات العقد غير واضحة، وفي ذلك تكريس لتبني القانون المدني الفرنسي للإرادة الباطنة التي يتشبع بها قانونه وفق ما سبق، رغم أن هذا الأخير لم يغفل ضرورة التوقف عند الإرادة الظاهرة عندما تكون عبارات العقد واضحة، وهذا كله في سياق ما يعرف عن الفقه المالكي بل والإسلامي عامة من نزعة موضوعية بخصوص الانطلاق في الالتزام من تبني الإرادة الظاهرة مع

[1]– أنظر، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1999، ص. 47–50؛ وراجع في تفصيليها وتطبيقاتها، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، المرجع السابق، ص. 79 وما يليها.

ضرورة عدم إغفال البحث عن الإرادة الباطنة الحقيقة حينما يستدعي العقد ذلك، فهل يمتد هذا الاتفاق ليشمل إلزام المتعاقدين بالعقد باعتباره شريعة للمتعاقدين أم لا ؟

الفرع الثاني
إلزام المتعاقدين بالعقد

حيث نتعرض لهذا الإلزام بالتوقف عند عناصره في القانون الفرنسي (أولا)، ثم الانتقال إلى نظيرتها في الفقه المالكي وعقد مقارنة حينها (ثانيا):

أولا: إلزام المتعاقدين بالعقد في القانون الفرنسي:

اتضح سابقا أن القانون الفرنسي قد انطلق من ضرورة احترام المعنى الظاهر لعبارات العقد متى كانت عباراته واضحة، أم في الحالة التي تكون فيها العبارات غير ذلك يسترشد القاضي بما وفره له القانون من قواعد تفسير تساعده على معرفة نية المتعاقدين، إذ أن العبرة بالإدارة الحقيقة التي يجب على القاضي أن يحترمها ويطبقها كما لو أنه يطبق القانون وفق مبدأ مهم هو أن العقد شريعة المتعاقدين[1]، فلا يمكن أن يعدل العقد إلا بإرادة المتعاقدين أو لأسباب يقرها القانون. كما يجب أن ينفذ بحسن النية، وفي ذلك نص المشرع الفرنسي في المادة 1134 على أن" الاتفاقات التي تمت على وجه شرعي تقوم مقام القانون لمن عقدها. ولا يمكن الرجوع عنها إلا برضاء

---

[1]- راجع في شرح الفقه الفرنسي لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وتطورها التاريخي:
Cf. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.280-282 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., pp.367-370 ; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.479,480 ; JOSSERAND Louis, op.cit., pp.141,142 ; COLIN Ambroise et CAPITANT Henri, op.cit., pp.65-68 ; POSEZ Alexis, op.cit., pp.201 et s.

متبادل أو لأسباب يجيزها القانون. ويجب أن تنفذ بحسن النية "[1].

هذا ولأن الاتفاق المنظم للعقد ينصب في الغالب على مسائله الأساسية، يصعب في كثير من الأحول أن تتضمن العقود الاتفاق على تفاصيلها، حيث يتدخل القانون حينها بقواعده المكلمة لإرادة المتعاقدين، ومثله اتفاق البائع والمشتري على المبيع والثمن دونما اتفاق على ميعاد التسليم ومكانه[2]، وفي هذا كله رجوع لقواعد التفسير السابقة التي يراد بها احترام الإرادة الحقيقية للمتعاقدين.

وبالإضافة إلى تلك القواعد التفسيرية المكملة، لا يعني اعتبار العقد شريعة للمتعاقدين عدم مراعاة العرف والعدالة في تنفيذه، حيث تقدم كذلك أن القاضي يراعي هذه العوامل حين تفسيره للعبارات غير الواضحة، إضافة إلى أن المادة 1135 من القانون الفرنسي نصت على أن الالتزام بالعقود لا يتعلق بما هو مذكور فيها فحسب، بل أيضا بما يستتبع الالتزام طبعا لطبيعته مما تقتضي به العدالة والعرف والقانون[3].

ثم مما لا يمكن تجاوزه في هذا النطاق، هو ضرورة الالتزام بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود وفق ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 1134 أعلاه، حيث يتخذ حسن النية مظهره من خلال نزاهة كل متعاقد وابتعاده عن الغش في تنفيذ الالتزام،

---

[1]-Article 1134 : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

[2]- Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p.485.

[3]- Article 1135: « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

فضلا عن تعاونه مع المتعاقد الآخر من خلال اطلاعه على كل ما يتعلق بهذا التنفيذ، ومثال تنفيذ العقد بحسن نية في هذا المقام أن يصل المقاول الأسلاك الكهربائية من أقصر طريق ممكن، أو ما يجب على ناقل البضائع من سلك الطريق الأصلح بالنسبة لصاحبها[1].

وانطلاقا من كل ما سبق، يتضح أن العقد هو شريعة المتعاقدين في القانون المدني الفرنسي، إلا أن القاضي يكمله بالقواعد التفسيرية السابقة كما يكملها بمشتملات طبيعته وفق العرف والعدالة، وعلى المتعاقدين أن ينفذاه بحسن نية.

ثانيا: إلزام المتعاقدين بالعقد في الفقه المالكي:

بالرجوع إلى مراتب العقد في الفقه المالكي وفق نظرية البطلان السابق التعرض إليها[2]، نجد أن هذا الأخير شأنه شأن الفقه الإسلامي عامة قد عرف مرتبة تصل فيها العقود إلى ذروة صحتها وقوتها الإلزام، ألا وهي مرتبة العقد النافذ اللازم، وهو العقد المستوفي لكل عناصره، المنتج لجميع أثاره حيث يلزم كل من المتعاقدين ولا يجوز الرجوع فيه إلا باتفاقهما معا على ذلك.

هذا ويجدر الإشارة كذلك إلى ما قرر الفقه الاسلامي عامة في هذا السياق حين حديثه عن الأثر العام للعقد، وهو الأثر الذي تشترك فيه كل العقود مهما

---

[1]- راجع في ذلك، وفي تنفيذ العقد وفق مبدأ حسن نية:
LOIR Romain, Les fondements de l'exigence de bonne foi en droit français des contrats, Mémoire de DEA, Droit des contrats, Université du Droit et de la Santé, Lille 2, France, 2002 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., pp.382-384 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.280-281.

[2]- راجع الصفحة 169 وما يليها من هذه الدراسة.

اختلف انواعها عند نفاذها ولزومها، وهو ما يجعله ملزما لطرفيه بطريقة لا تخولهما فسخه إلا برضاهما[1].

ثم إضافة إلى ما سبق الإشارة إليه بخصوص تكملة القاضي في الفقه المالكي للإرادة الأخيرة طبعا لطبيعته بما تقتضيه العدالة والعرف[2]، يحث الفقه المالكي والفقه الإسلامي عامة على آداب أخلاقية كثيرة في مجال التعاقد تصب في إطار تنفيذ العقود بل وإبرامها من الأصل بحسن نية، نذكر منها التحذير من الغش وأكل أموال الناس بالباطل تحت مسمى التعاقد، والتساهل في رد الحقوق المالية[3]. ومثال ذلك في التحذير من الغش" يجب على كل من علم أن بسلعته شيئا يكره المشتري أن يبينه مفصلا، فلا يجوز أن يخفيه، فيضع السليم المرغوب من السلعة كالفاكهة أو الخضار أو المتاع في أعلى الصفقة، والرديء أو النيئ وربما الفاسد يخفيه تحته، وإذا علم صاحب السلعة بان بسلعته عيبا لا يجوز أن يكتفي ببيانه على وجه الإجمال، بل لا بد من تفصيله أتم بيان "[4].

---

[1]- راجع في هذا المعنى وأثر العقد الملزم للمتعاقدين في عامة الفقه الإسلامي تحت عنوان سلطان الإرادة العقدية، مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص. 537 وما يليها؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج4، ط 2، ص. 231-233؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع لسابق، ج6، ص. 50 وما بعدها.

[2]- " إذا بيعت الأرض أو وهبت أو رهنت: دخل في العقد جميع ما عليها من بناء أو شجر ولو لم ينص عليه العقد، إلا إذا استثني في العقد أو جرى العرف باستثنائه. وإذا وقع العقد على البناء أو الشجر: شمل العقد الارض أيضا إلا لشرط أو عرف بخلاف ذلك، ولا يشمل العقد على الأرض الزرع إذا خرج من الأرض، لأن خروجه من الأرض بمنزلة التأبير، والقاعدة ان الثمرة المؤبرة إذا بيعت اصولها لا تدخل في البيع، بل هي باقية للبائع"، الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج3، المرجع السابق، ص. 246، 247؛ وراجع أيضا الصفحة 236 و237 من هذه الدراسة.

[3]- راجع فيها، الصادق عبد الرحمن الغرياني، المعاملات في الفقه المالكي، المرجع السابق، ص. 7-27.

[4]- الصادق عبد الرحمن الغرياني، المعاملات في الفقه المالكي، المرجع السابق، ص. 23.

ليتضح من ذلك أن القانون المدني الفرنسي يتفق مع الفقه المالكي والإسلامي عامة في أن العقد هو القانون الإلزامي للمتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو أسباب يجيزها القانون مثلما سنرى في نظرية الظروف الطارئة. وكما يتفق كلا منهما على هذه القوة الإلزامية للعقد بخصوص طرفيه يتفقا على ضرورة تنفيذه بحسن نية، وإكمال إرادة طرفيه في الحالة التي يجوز للقاضي فيها إكمال إرادتهما غير الواضحة بما هو من مستلزماته مستهديا في ذلك بطبيعة الالتزام ومراعاة العرف والعدالة، وهو ما يستوجب البحث في مدى اتفاقهما في تنظيم المسؤولية التي تترتب على الإخلال بالالتزام التعاقدي ؟

المطلب الثاني

المسؤولية العقدية

يستوجب الحديث عن المسؤولية العقدية[1] افتراض الاخلال بالتزام تعاقدي في عقد صحيح واجب التنفيذ، حيث يتدخل القاضي حينها للحكم بالتعويض لصالح الدائن حينما تتوفر شروط هذه المسؤولية.

هذا ولقد نظم المشرع الفرنسي أحكام هذه المسؤولية من خلال المواد 1146 إلى 1152 من القانون المدني، إذ يستشف من خلالها ضرورة توفر ثلاثة أركان لقيام هذه المسؤولية شأنها شأن أي مسؤولية، ألا وهي خطأ (عقدي)، ثم الضرر، ثم العلاقة السببية بينها. وسبب اشتراط هذا الأخير أن المدين قد ينفي في جانبه قيام

---

[1]- راجع فيها،

MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., pp.495-543 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., pp.275-277 ; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.490-587 ;

آلان بينابنت، المرجع السابق، ص. 277-301.

المسؤولية رغم وجود الخطأ والضرر حينما يثبت عدم وجود علاقة سببية بينهما.

أما معرفة الفقه المالكي للمسؤولية العقدية، فيمكن القول بداية أن هذا الأخير شأنه شأن الفقه الإسلامي عامة لم يعرف في نصوصه تسمية الاخلال بالالتزام التعاقدي تحت مسمى المسؤولية العقدية، وان كان يعرف مند نشأته بعض الأحكام والنصوص التي تشكل مجتمعة أحكاما مقابلة لنظرية المسؤولية العقدية في الفقه الفرنسي[1].

وانطلاقا من ذلك، سنحاول بحث أركان المسؤولية العقدية من خلال مقارنة مباشرة بين القانون المدني الفرنسي وما يقابلها في الفقه المالكي بالتعرض إلى الخطأ العقدي (الفرع الأول)، ثم الضرر (الفرع الثاني)، ثم العلاقة السببية (الفرع الثالث).

الفرع الأول
الخطأ العقدي

مما لا شك فيه في هذا المجال، أن الواجب على المدين أن ينفذ التزامه وإلا كان مسؤولا عن عدم التنفيذ الذي يعتبر خطأ عقديا حينها، إلا أن قواعد المسؤولية العقدية قابلة للتعديل بالاتفاق، وهو ما يستوجب التوقف عند عنصرين هنا، ما هو الخطأ العقدي (أولا) ثم تعديل المسؤولية العقدية بالاتفاق (ثانيا).

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج6، ص. 128.

أولا: تحديد نطاق الخطأ العقدي:

بالرجوع الى الفقه الفرنسي[1]، نجده قد بنى هذا الخطأ على نظرية قديمة يتدرج فيها الخطأ وفق مسمى " La théorie des trois fautes "[2]، وفيها يقسم الخطأ إلى أقسام ثلاثة هي الخطأ الجسيم الأقرب إلى العمد حيث لا يرتكبه حتى الشخص المهمل، والخطأ اليسير الذي لا يرتكبه الشخص المعتاد، والخطأ التافه الذي لا يرتكبه الشخص الحازم الحريص.

إلا أن الفقه الحديث[3] هجر هذه النظرية، وساهم في ذلك القانون المدني الفرنسي من خلال مادته 1137 التي نص في فقرتها الأولى[4] على أن الالتزام بحفظ الشيء يلزم الشخص الموكول إليه أن يبدل في ذلك عناية الشخص المعتاد، سواء كان العقد لمنفعة أحد المتعاقدين أو كان لمنفعتهما معا (والشخص المعتاد هو المقصود بعبارة الأب الحريص على أسرته في هذه المادة). ليتضح من ذلك أن المعيار الحديث في قياس الخطأ هو معيار عناية الرجل المعتاد، وهو معيار مادي وليس بالشخصي المرتبط بذات المدين، ذلك أنه سيقارن فيه بالشخص المعتاد بصرف النظر عن كونه مهملا أو حريص هو ذاته من عدمه. والعناية المطالبة منه لا تخفض إلى معيار الرجل المهمل. كما لا تصل إلى معيار الرجل الحريص.

1- Cf. MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., pp.508-509 ; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p.504.

2 - Cf. JOSSERAND Louis, op.cit., pp.382-386.

3 -Cf. MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., p.509 ; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.506-507.

4 – Article 1137 al .1: « L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille ».

هذا وما يجب التنويه إليه في هذا المجال، هو أن نص المادة 1148 من ق م ف قد يوحي للوهلة الأولى من ظاهره أنه يتبنى معيارا متناقضا مع معيار الرجل المعتاد (أي معيار الخطأ اليسير كما اتضح في النظرية التقليدية المتدرجة في تقسيم الخطأ) المبين في المادة 1137، ذلك أن المادة 1148 تقرر مسؤولية المدين التعاقدية عن تنفيذ التزامه إلا إذا اثبت أن سبب الامتناع يعود لسبب أجنبي عنه مما يجعله مسؤولا عن عدم التنفيذ حتى في حالة الخطأ التافه[1]. وهو ما أدى إلى تناقض حاول الفقه الفرنسي[2] أن يبرره بعدة تفسيرات، أهمها التفسير الذي قرن تطبيق المادة 1148 بمجال الالتزامات التي يطالب فيها الملتزم بتحقيق نتيجة (كنقل الملكية). أما مجال تطبيق المادة 1137 فهو الالتزام ببدل عناية (كحال أغلب التزامات الطبيب)، مع إشارته أيضا إلى أن مجال المادة 1148 هو الخطأ المتعلق بالركن الثالث للمسؤولية ممثلا في العلاقة السببية أكثر من تعلقها بتعريف الخطأ العقدي في المادة 1137.

وانطلاقا من تبرير هذا التناقض، فرق الفقه الفرنسي[3] في معيار الرجل المعتاد بين الحالة التي يسأل فيها المدين بتحقيق نتيجة، فيطالب المدين بتحقيق غاية أو نتيجة يؤدي عدم تحققها إلى قيام الخطأ العقدي، والحالة التي يسأل فيها المدين عن بدل العناية، فيطالب المدين ببدلها تحققت النتيجة من عدم تحققها، والأصل في معيار بدل العناية هو العناية التي يبدلها الرجل المعتاد، مع الإشارة للدور البارز لمحكمة النقض

---

[1] – Article 1148 : « Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit ».

[2] – Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.490-499 ;

آلان بينابنت، المرجع السابق، ص. 280، 281.

[3] – راجع في تفصيل الفرق بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببدل عناية:

Cf. MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, op.cit., pp.501-503.

الفرنسية في هذا المجال حينما ميزت بين النوعين من خلال قرارات قضائية شهيرة[1].

وكما هو الحال في القانون الفرنسي أعلاه، يمكن القول بأن الفقه الإسلامي عامة ومنه المالكي يعرف الخطأ العقدي في نطاق عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته، في ذات الوقت الذي ينطلق فيه هو الآخر من التفريق في هذا السياق بين التزامات يجب على المدين أن يحقق فيها نتيجة وإلا قام الخطأ العقدي في جانبه متى لم تتحقق النتيجة، وأخرى يكفي أن يبدل فيها عناية[2].

ومن أمثلة الالتزام بتحقيق نتيجة من الفقه المالكي التزام البائع بنقل ملكية المبيع وسلامته في عقد البيع[3]، والتزام المؤجر بنقل منفعة العين المؤجرة في عقد الإيجار[4]، حيث نكون أمام خطأ عقديا في الحالة التي لا يقوم فيها البائع أو المؤجر بالنقل للمبيع أو منفعة الإيجار.

---

[1] - Cass. Civ., 20 mai 1936 ; Cass. Civ., lre, 8 novembre 2000, cités par CAPITANT Henri, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, op.cit., pp.30-54.

[2]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج6، ص. 128، 129، 149، 153.

[3]– ومن أمثلة نصوص ذلك في الفقه المالكي " فرع يجب على المشتري تسليم الثمن وعلى البائع تسليم المثمون فإن قال أحدهما لا أسلم ما بيدي حتى أقبض ما عاوضت عليه أجبر المشتري على تسليم المثمن ثم أخذ المثمون من البائع " ابن جزي، القوانين الفقهية، ج1، المرجع السابق، ص. 173؛ وراجع كذلك في نفس المعنى؛ الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج3، المرجع السابق، ص. 147؛ الحطاب الرعيني المالكي، المرجع السابق، ج4، ص. 479.

[4]– "قلت: أرأيت الخياطين والقصارين والخرازين والصواغين وأهل الصناعات إذا عملوا للناس بالأجرة ألهم أن يحبسوا ما عملوا حتى يقبضوا أجرهم؟ قال: قال مالك: نعم لهم أن يحبسوا ما عملوا حتى يعطوا أجرهم"، مالك بن انس الأصبحي، المدونة الكبرى، المرجع السابق، ص. 458؛ وكذلك في: "وما جاز استيفاؤه بالشرط جاز استيفاؤه بالأجر. وشبهة من منع ذلك: أن المعاوضات إنما يستحق فيها تسليم الثمن بتسليم العين كالحال في الأعيان المحسوسة، والمنافع في الإجارات في وقت العقد معدومة " ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد، المرجع السابق، ج4، ص. 5.

أما الأمثلة عن الالتزام الذي يطالب فيه المدين ببدل عناية من الفقه المالكي، فهو التزام المؤجر بالمحافظة على العين في عقد الإجار من خلال عناية يبدل فيها حرص الرجل المعتاد، فإذا خرج في استعماله لها عن منحى الاستعمال المعتاد بين الناس وجب عليه الضمان، وكذلك الحال في الوديعة والعارية والعين المرهنة[1].

هذا وما يجب التنويه إليه في مجال الخطأ العقدي كركن أول لقيام المسؤولية في الفقه المالكي شأنه شأن عامة الفقه الإسلامي، أن هذا الأخير وإن عرف المسؤولية بنوعها الجنائي معرفته للمسؤولية المدنية التقصيرية كانت أو عقدية، يبقى تنظيمه لنظرية المسؤولية مميزا عما هو عليه حال القانون المدني الفرنسي وإن اتفقا على أركانها وما ينضوي تحت هذه الأركان، إذ أن أساس المسؤولية في الفقه الإسلامي يعود لنظرية شهيرة تعرف بنظرية الضمان[2]، وهي بذات الفكرة في الفقه المالكي تحت باب الضمان[3].

أما عن الفكرة التي تقوم عليها هذه النظرية، فهي ضمان الأنفس والأموال نتيجة الاعتداء عليها خطأ أو عمدا بما يحقق تلفها أو هلاكها فيستوجب التعويض لصاحب الحقوق حينها. وهو ما يقابل فكرة المسؤولية بشقيها الجنائي والمدني، شموله في الأخيرة للمسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية[4].

---

[1]- راجع في كل ذلك، الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج3، المرجع السابق، ص. 144، 145؛ الذخيرة، ج8، المرجع السابق، ص. 259 وما يليها.

[2]- أنظر، علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 2000؛ وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة التاسعة، 2012؛ وفي ذات السياق راجع صبحي محمصاني، المرجع السابق، ص. 213 وما يليها.

[3]- راجع فيه، الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج3، نفس المرجع، ص. 329 وما يلها؛ الحطاب الرعيني المالكي، المرجع السابق، ج5، ص. 96 وما يليها؛ الخرشي المالكي، ج6، المرجع السابق، ص. 21 وما يليها.

[4]- وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، نفس المرجع، ص. 16، 17.

وعلى هذا الأساس، يعرف الضمان في الفقه الاسلامي بأنه " الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزي أو الكلي الحادث بالنفس البشرية"[1]. أما المالكية، فعرفوا الضمان عامة بأنه " شغل ذمة أخرى بالحق "[2]. وقد بنيت مشروعيته على أدلة عديدة[3] أشهرها في نطاق القواعد الفقهية قاعدة "لا ضرر ولا ضرر" و"الضرر يزال"[4].

وفي نطاق المسؤولية العقدية، يتحقق الضمان في هذا المجال بعدم تنفيذ العقد على الوجه المتفق عليه بما يشكل خطأ عقديا يستوجب التعويض. ومما جاء في ذلك تحت عنوان ضمان العقود " ومن العقود ما شرع لإفادة حكم آخر غير للضمان، ولكن الضمان يترتب عليه أثرا لازما لحكمه كعقد البيع فإنه شرع لإفادة الملك في البيع والثمن، ويلزم ذلك التزام البائع بتسليم المبيع إلى المشترى عند أدائه الثمن فتشغل به ذمته كما قد تشغل ذمته بالمبيع نفسه دينا للمشتري إذا كان البيع سلما فيه، وكذلك يلتزم به المشتري بتسليم الثمن إلى البائع إذا كان عينا وتشتغل ذمته كما تشتغل به ذمته إذا كان دينا .." إلى أن قال " ... وكما يترتب الضمان على بعض العقود أثرا لازما لأحكامها يترتب عليها أثرا لاشتراط شرط صحيح فيها أو لاشتراط فرضه العرف، لأن العروف عرفا في العقود كالمشروط شرعا .." [5].

---

[1]- وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، المرجع السابق، ص. 22.

[2]- الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج3، المرجع السابق، ص. 329؛ ومعنى بالحق شغل الذمة بما يجب الوفاء به، وهو المعنى العام للضمان مقارنة بمعناه الخاص المتعلق بضمان المال أو الكفالة، راجع في ذلك، علي الخفيف، المرجع السابق، ص. 8.

[3]- راجع فيها، وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص. 22-24؛ علي الخفيف، نفس المرجع، ص. 7، 8.

[4]- راجع في هذه القاعدة الفقهية وما تفرع منها، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، المرجع السابق، ص. 165 وما يليها؛ عزت عبيد الدعاس، المرجع السابق، ص. 26 وما يليها.

[5]- علي الخفيف، نفس المرجع، ونفس الصفحات.

وفي ذات السياق المحدد لنطاق الضمان جاء: " يتحقق الضمان في المسؤولية العقدية إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه كالالتزام بالتسليم، أو بضمان سلامة الشيء المعقود عليهم سواه أكان عدم التنفيذ عن عمد أو إهماله وهذا هو المراد بالخطأ العقدي. وسواء أكان الالتزام في اصطلاح القانونيين التزاما بتحقيق غاية كنقل الملكية أو البضاعة إلى مكان ما أو تسلم شيع معين، أو التزاما ببدل عناية كالمحافظ على الوديعة والعارية والعين المستأجرة "[1]. أما عن تطبيقات الضمان وفق هذه الفكرة، فتختلف باختلاف أنواع العقود، وأهما[2] الضمان في: عقد البيع، عقد الإيجار، عقد الايداع، عقد الاعارة، عقد الرهن، عقد الوكالة.

ثانيا: تعديل المسؤولية العقدية بالاتفاق:

ويكون هذا التعديل وفق الفقه الفرنسي[3] من خلال اشتراط يأخذ إحدى الصور الثلاث المتعلقة بنوع واحد من الخطأ ألا وهو الخطأ اليسير دون الخطأ العمدي والخطأ الجسيم. وهذه الصور هي شرط يعفي المدين به نفسه من المسؤولية كلها، أو آخر يحمل بموجبه الدائن عبء الإثبات، أو ثالث يحدد به المدين مسؤوليته بمبلغ من المال.

أما الاتفاق على تعديل المسؤولية بالاتفاق في الفقه المالكي بل والإسلامي عامة[4]، فهو مقيد بفكرة ما يجوز اشتراط فيه الضمان وفقا لنظريته أعلاه، فلا ضمان

1- وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، المرجع السابق، ص. 203.

2- راجع فيها، وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص. 203 وما يليها.

3- Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.540-546 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., pp.530-540 ;

آلان بينابنت، المرجع السابق، ص. 294-301.

4- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج6، ص. 151، 152.

على المدين فيما لا يجوز الاحتراز منه ولو اشرطوا عليه الضمان. وفي ذلك جاء من نصوص المذهب المالكي " ولا ضمان على الرعاة إلا فيما تعدوا فيه، أو فرطوا في جميع ما رعوه من الغنم والدواب لأناس شتى، أو لرجل واحد، ثم قال ابن القاسم: وإذا اشترط على الراعي الضمان فسدت الإجارة، ولا شيء عليه، وله أجر مثله بغير ضمان ناف على التسمية، أو نقص قال غيره: وإن كان ذلك أكثر من التسمية لم يزد عليها قال: ومحال أن يكون أكثر قال ابن القاسم: وكذا إن شرطوا على الراعي أنه إن لم يأت بسمة ما مات منها ضمن فلا يضمن، وإن لم يأت بها، وله أجر مثله ممن لا ضمان عليه انتهى. وقال في المسائل الملقوطة: ولا ضمان على الراعي فيما تلف، أو ضل، وعليه اليمين إن اتهم أنه ما فرط، ولا تعدى، ولا دلس ويضمن إن فرط، ولا ضمان عليه إن نام مغلوبا في إبان النوم إلا أن يأتي من ذلك ما ينكر، وإن شرط عليه الضمان فسخت الإجارة، وله أجرة المثل فيما رعى .. "[1].

ليتضح من كل ما سبق وجود توافق بين موقف القانون المدني الفرنسي من الخطأ كركن أول لقيام المسؤولية مع أحكام الفقه المالكي والفقه الاسلامي عامة، مع تميز هذا الأخير بتعليق هذه المسؤولية بنظرية أعم ممثلة في نظرية الضمان، ومفادها أن الذي أخطأ بما ولد ما يستوجب رفع الضرر لزمه الضمان، وهو ما يستوجب البحث عن مدى وجود تشابه مماثل في ركن الضرر.

[1]- الحطاب الرعيني المالكي، المرجع السابق، ج5، ص. 428؛ وراجع في نفس المعنى، مالك بن انس الأصبحي، المدونة الكبرى، المرجع السابق، ج3، ص. 450.

الفرع الثاني

الضرر

لكي تقوم مسؤولية الدائن التعاقدية، يجب أن يؤدي خطأه الممثل في الاخلال بالتزامه التعاقدي إلى ضرر يصيب الدائن، إذ أن عدم وجود الضرر يؤدي إلى عدم قيام المسؤولية. مع الإشارة في مجال الضرر بمفهومه الواسع إلى أنه يتحمل معنى الضرر المادي ذو الطبيعة المالية، والضرر المعنوي الأدبي، ثم الضرر الجسدي الناجم عن اعتداء بدني، حيث يهم في نطاق المسؤولية التعاقدية الضرر الأول والثاني بدرجة أقل، كونه متوقفا على الاخلال بالتزام تعاقدي[1].

وبالعودة إلى الضرر المادي، نجد المادة 1149 ق م ف[2] تنطلق منه باعتباره الأكثر انتشارا في مجال المسؤولية العقدية، حيث ضمنته الخسارة كما ضمنته معنى تفويت فرصة الربح[3].

هذا وبالإضافة للضرر المادي بنوعيه وفق المادة 1149 ق م ف أعلاه، لا يقتصر الضرر في هذا المجال على ضرورة تحقق الاخلال بالالتزام واقعيا في كل الأحوال، حيث يمكن التعويض عن الأضرار الاحتمالية. كما أن الضرر يكون ماديا، في نفس الوقت الذي قد يكون فيه استثناء معنويا[4].

---

[1]– آلان بينابنت، المرجع السابق، ص. 289.

[2] –Article 1149: «Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après».

[3] -Cass. Civ., 1 re, 21 novembre 2006, n° de pourvoi : 05-15674 ; Cass. Civ., 1 re, février 2005, n° de pourvoi : 03-15740, www.legifrance.gouv.fr.

[4]-Cf. MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit.,pp.516-518 ; آلان بينابنت، نفس المرجع، ص. 288، 289.

أما عن قيام المسؤولية في الضرر الاحتمالي[1]، فلا يستحق التعويض فيه إلا بعد تأكد وقوعه، ومثاله أن يوكل شخص آخر لشراء منزل فيشتري له منزلا مثقلا برهن، فلا تقوم مسؤولة الوكيل إلا عندما لا يستوفي الدائن المرتهن حقه من البائع وهو الضرر الذي سيلحق الموكل. ثم إضافة إلى ذلك، قد يكون الضرر ماديا كما هو في أغلب الأحوال. كما قد يكون معنويا[2] في بعض الأحيان، ومثله إفضاء الوكيل أسرار تتعلق بموكله حين قيام هذا الأخير بأعمال الوكالة، مما يخول الموكل الرجوع على الوكيل بتعويض على أساس ما أصابه من ضرر معنوي.

هذا وبالوقوف عند التعويض عن الضرر من خلال المادة 1150[3]، نجد أن نطاق التعويض عنه ينصرف إلى الضرر المتوقع عند إبرام العقد، والمثال التقليدي[4] عليه هو أن يتعهد الناقل بنقل طرد لم يكن يعلم باحتوائه على قيم ثمينة، إذ أن خسارة الطرد ضرر متوقع مقارنة بخسارة القيم كضرر غير متوقع، والناقل ما كان ليقبل التعهد لو علم بقيمة محتوياته. وانطلاقا من ذلك يجب أن يتعلق التوقع بطبيعة الضرر لا بقيمته، بحيث يسأل المدين في الالتزام التعاقدي عن الضرر المتوقع، إلا إذا أخل بالتزامه بتعمد فيسأل حينها عن الضرر المتوقع وغير المتوقع [5]. مع التنبيه إلى شرط آخر مهم في مجال الضرر المتوقع رغم تعلقه بركن العلاقة السببية، وهو ضرورة أن

---

[1] - Cass. Civ., 1 re, 22 mai 2008 , n° de pourvoi: 05-20317, www.legifrance.gouv.fr.

[2] - Cass. Civ., 1 re, 20 janvier 1993, n° de pourvoi: 91-16715, www.legifrance.gouv.fr ;

وراجع في الاجتهاد القضائي الشهير في مجال الضرر المعنوي:

Cass. Civ., 13 février 1923, cités par CAPITANT Henri, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, T 2, op.cit., p.290 et s.

[3] -Article 1150 : « Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée ».

[4] -Cass. Civ., 1 re, 4 mars 1965 , n° de pourvoi: 60-12 767, www.legifrance.gouv.fr ;

[5]-Cf. MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., pp.518-521 ;

آلان بينابنت، المرجع السابق، ص. 289، 290.

يكون مباشرا وفق نص المادة 1151 ق م ف[1].

ومن خلال الرجوع إلى الفقه المالكي بغية البحث عن أحكام مشابهة لركن الضرر وفق القانون المدني الفرنسي أعلاه، يلحظ المتتبع له بداية من خلال موقفه المنضوي تحت الفقه الاسلامي عامة، أنه وإن انطلق من ضرورة توفر الضرر كركن من أركان قيام المسؤولية، إلا أن أساس التعويض عن الضرر هو نظرية الضمان كما كان الحال عليه في ركن الخطأ.

أما عن نطاق الضرر تبعا لنظرية الضمان، فيتضح أن التعويض عنه كما يشمل صوره العديدة في القانون المدني الفرنسي أعلاه، يتعلق في عامة الفقه الاسلامي بكل ما يحمل معنى إلحاق الضرر بالآخرين، وفي ذلك جاء" وأما الركن الثاني وهو الضرر: فهو إلحاق مفسدة بالآخرين، أو هو كل إيذاء يلحق الشخص. سواه أكان في ماله أم جسمه أم عرضه أم عاطفته. فهو يشمل الضرر المادي كتلف المال، والضرر الأدبي كالإهانة التي تمس كرامة الإنسان أو تلحق به سمعة سيئة، سواه أكان ذلك بالقول كالقذف والشتم أم بالسعاية من دون حق إلى الحاكم، والرجوع عن الشهادة بعد صدور الحكم على المتهم. أم بالفعل الإيجابي والضرب والإحراق والإغراق والترويع والتهديد وإتلاف الزروع والأشجار وهدم المباني، أم بالفعل السلبي والامتناع عن ترميم الحائط أو إغاثة الملهوف أو عن إطعام المضطر أو عن تسليم الوديعة بعد طلب صاحبها لها، أو كضياع مصلحة محققة لعدم قيام المتعهد بتوريد السلعة في الوقت

[1] – Article 1152 : « Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre.
Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite ».

المحدد، أو الوفاء بالالتزام بشحن وتصدير البضاعة في زمان معين "[1].

ثم وإن كان عموم الفقه الاسلامي يقر التعويض عن الضرر وفق أشكاله المختلفة أعلاه، يلاحظ بخصوص الضرر المعنوي أن تعويضه يقتصر في عقوبة جنائية توقع على المتسبب فيه[2]، مع التنبيه في ذات السياق إلى أن بعض فقهاء الأحناف[3] يقولون بالتعويض عن الضرر المعنوي وفق المعنى الحديث لهذا النوع من التعويض المدني.

وبخصوص شروط الضرر المتعلقة بالضمان في الفقه الاسلامي عامة، فهي خمسة[4] ممثلة في:

أولا: أن يكون الضرر في المال، فلا ضمان على ما ليس بمال كالميتة وجلدها.

ثانيا: أن يكون المال متقوما للمتلف عليه، والمال المتقوم هو الذي له قيمة تتميز بأمرين، أولهما أن يكون الشرع قد أباح الانتفاع به في حالة السعة والاختيار (أي في الظروف العادية غير حالة الاضطرار)، فلا ضمان بإتلاف خمر أو خنزير. أما الثاني، فهو حيازته الفعلية، ومثالها جواز الانتفاع بالسمك ما لم يكن في الماء، لأن عدم حيازته حينهما تجعله غير متقوم.

ثالثا: أن يكون الضرر محقق الوقوع بشكل دائم، فلا ضمان إذا أُعيد الشيء إلى الحالة التي كان عليها قبل التلف.

---

[1]- وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، المرجع السابق، ص. 29؛ وفي نفس المعنى راجع، صبحي محمصاني، المرجع السابق، ص. 170، 171.

[2]- وهبة الزحيلي، نفس المرجع ونفس الصفحة؛ علي الخفيف، المرجع السابق، ص. 44؛ وفي نفس المعنى راجع، صبحي محمصاني، نفس المرجع، ص. 171، 172.

[3]- وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص. 29، 30.

[4]- وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص. 57-61.

رابعا: أن يكون المُتلِف من أهل الضمان، مع عدم اشتراط التمييز هنا، والسبب أن الضمان يقوم في حال إتلاف الصبي لمال تتحقق فيه الشروط السابقة. مع الإشارة في هذا المجال إلى رأي الفقه المالكي[1] المخالف للجمهور ممثلا في اشتراط أهلية التمييز لقيام الضمان بما تنتفي معه مسؤولية عديم التمييز.

خامسا: أن يكون في إيجاب التعويض فائدة: والفائدة هنا يجب أن تكون حقيقية هي دفع الضرر بالتعويض.

وإضافة لهذه الشروط، يتعلق الضمان في الفقه الاسلامي بالضرر المباشر دون الضرر غير المباشر المنقطع الصلة بذات الفكرة التي تبناها القانون المدني الفرنسي أعلاه. وفي ذلك جاء " أما الفقهاء المسلمون فيقررون أنه لا بد في الضمان من أن يكون الضرر مرتبطا بالفعل ارتباط النتيجة بالسبب. ويسأل الشخص شرعا عن الأضرار المباشرة التي يلحقها بغيره، وكذا عن الأضرار التي يكون متسببا في إحداثها مباشرة، والأصل العام هو مسؤولية المباشر. لكن قد ينفرد المتسبب بالضمان وقد يشترك هو مع المباشر ولا ضمان في غير المباشرة والتسبب"[2]. أما عن التعويض، فيمتد للعقوبة النقدية في الفقه المالكي[3] خاصة حينما يقضي بها القاضي في إطار العقوبات التعزيرية[4].

---

[1]- الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج3، المرجع السابق، ص. 330؛ حاشية الصاوي على الشرح الصغير، المرجع السابق، ج3، ص. 131 الخرشي المالكي، المرجع السابق، ج6، ص. 22 وما يليها.

[2]-و هبة الزحيلي، نظرية الضمان، المرجع السابق، ص. 54.

[3]-و هبة الزحيلي، نفس المرجع، ص. 30.

[4]-" التعزير اصطلاحا هو معاقبة المجرم بعقاب مفوض شرعا إلى رأي ولي الأمر نوعا ومقدارا. وذلك في جميع أنواع الجرائم الممنوعة التي تستوجب الزجر والتأديب، غير موجبات الحدود والقصاص."، راجع، مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص. 689.

ثم ما يجدر التنبيه إليه في ذات السياق، أن بعض الفقه الإسلامي المعاصر[1] الموافق لقول عند المالكية[2] يذهب إلى التعويض عن الضرر الناجم عن فوات فرصة الربح تحت عنوان الضرر الناتج عن فوات الربح المفترض في المماطلة في الديون، وهو ما يظهر أكثر في قاعدة إزالة الضرر في الوفاء بالديون عند تغير قيمة العملة تغيرا فاحشا.

هذا وبالإضافة إلى ذلك، يلاحظ أخيرا أن الفقه الإسلامي عامة ومنه المالكي يعلق فكرة الضمان بقاعدة مهمة تؤثر على تعويض الدائن في هذا المجال، ألا وهي قاعدة " الخراج بالضمان أو الغنم بالغرم "، ومثالها في رجل يرهن بقرة عند آخر ويكون قد حلبها كل يوم، فلو ماتت في يد المرتهن، فإنه يضمن، على أنه غير مطالب برد ما استفاده من لبنها كون الخراج بالضمان (أي أنه ينتفع بالشيء الذي تلف بين يديه في مقابلة الضمان)[3].

وبناء عليه، يتضح موافقة القانون المدني الفرنسي للفقه المالكي في أهم المبادئ المتعلقة بركن الضرر وفق مسمى نظرية المسؤولية العقدية عند الأول، ونظرية الضمان

---

[1]– أنظر، مازن مصباح صباح، أثر قاعدة الضرر يزال على الديون، جامعة الأزهر، فلسطين، مقال من موقع الأنترنت،

www.alazhar.edu.ps ;

سلمان بن صالح الدخيل، التعويض عن الأضرار المترتبة على المماطلة في الديون، مقال من موقع الأنترنت، www.almeshkat.net/books/index.php.

[2]– وهو قول عند المالكية اختاره الرهوني وقيده بضوابط، ومفاده أن التغير إذا كان يسيرا فلا عبره به ويجب أداء الدين بالمثل، أما إذا كان التغير فاحشا وجب أداء النقد الذي طرأ عليه الغلاء أو الرخص .. "، راجع في تفصيل ذلك، محمد الرهوني، عبد الباقي الزرقاني، محمد بن المدني كنون، حاشية الإمام الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل وبهامشه حاشية المدني على كنون، ج5، المطبعة الأميرية بولاق، مصر، د ط، 1306 ه، ص. 121.

[3]– راجع في قاعدة الخارج بالضمان في الفقه المالكي، مالك بن انس الأصبحي، المدونة الكبرى، المرجع السابق، ج3، ص.352، 389؛ الخرشي المالكي، المرجع السابق، ج5، ص. 86؛ الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، المرجع السابق، ج3، ص. 103، 116، 117، 142.

في الفقه المالكي والفقه الإسلامي عامة، وهو ما يتطلب البحث عن موقفهما من الركن الثالث الذي لا يقل أهمية ممثلا في العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

الفرع الثالث
العلاقة السببية

وتبرز هذه العلاقة كركن من أركان المسؤولية حين البحث في علاقة الخطأ بالضرر، فلا يكفي مجرد توفر خطأ تعاقدي وضرر لنقول بقيام المسؤولية التعاقدية، بل يجب أن يكون الخطأ التعاقدي هو السبب في الضرر.

هذا ويجب الإشارة إلى أن العلاقة السببية بين الخطأ والضرر مفترضة ولا يطالب الدائن بإثباتهما. إلا أن هذا الافتراض قابل لإثبات العكس من خلال نفي المدين لوجود هذه العلاقة[1]، وصور النفي أن يثبت هذا الأخير أن الضرر وقع نتيجة خطأ الدائن نفسه، أو بقوة قاهرة أو حادث فجائي. أما الظروف الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا دون أن تصل إلى حد استحالة تنفيذه، فلا تكون سببا من أسباب الاعفاء من المسؤولية أو نفي علاقتها السببية.

وبخصوص الفقه المالكي، تقدمت الإشارة حين التعرض لركني الخطأ والضرر إلى أن نطاق المسؤولية فيهما يعود لنظرية الضمان المعروفة في الفقه الاسلامي عامة. أما هذا الضمان فلا يمكن أن يقوم فيها إلا بتوفر العلاقة السببية التي تربط الخطأ بالضرر بما لا يمكن نفيها بمانع، ذلك أن الفقه الاسلامي وإن لم يعتبر العلاقة السببية ركنا في الضمان، إلا أنه نظمنها بما يضمن معنى الركن نتيجة، وفي هذا المعنى جاء:" لا يجب

[1] – Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.510-511 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., p.510

ضمان الشيء إلا إذا توافر معنى التضمين، والتضمين لا يتحقق إلا بوجود ركنين هما الاعتداء والضرر، وذلك يمكن أن يفهم من كلام الفقهاء عن النصب والاتلاف والجنايات. وأما الرابطة بين الاعتداء والضرر إما تسببا وإما مباشرة، فهو من قبيل عدم وجود المانع للسبب، والمانع للسبب هو الأمر الذي يلزم من وجوده عدم تحقق السبب. وأما معنى الركن المقصود هنا: وهو ما يتوقف عليه وجود الشيء، فلا ينطبق على هذه الرابطة"[1].

ومما سبق، سنحاول البحث عن أثر الفقه المالكي في هذه العناصر بالتوقف أولا عند الصور التي ينفي المدين من خلالها العلاقة السببية (أولا)، لننتقل بعد ذلك للبحث في نظرية الظروف الطارئة (ثانيا).

[1]-و هبة الزحيلي، نظرية الضمان، المرجع السابق، ص. 24؛ وما يعزز تنظيم العلاقة السببية كركن حتمي لقيام المسؤولية في هذا المجال قوله بعد ذلك في معرض المقارنة بين الفقه الاسلامي والفقه القانوني:" وأما الركن الثالث للمسؤولية وهو علاقة السببية بين الخطأ والضرر أو علاقة التعدي بالضرر كما يفهم من كلام فقهاء الإسلام، فإن الفقه والقانون يلتقيان – في الجملة – ي في النتائج المترتبة على وجود هذه العلاقة إذ هي تعني عند القانونيين: أن توجد علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول، والضرر الذي أصاب لمضرور ويسأل الشخص قانونا عن الأضرار المباشرة. وغير المباشرة المتصلة بالخطأ اتصالا واضحا.

وأما الفقهاء المسلمون فيقررون أنه لا بد في الضمان من أن يكون الضرر مرتبطا بالفعل ارتباط النتيجة بالسبب. ويسأل الشخص شرعا عن الأضرار المباشرة التي يلحقها بغيره، وكذا عن الأضرار التي يكون متسببا في إحداثها مباشرة، والأصل العام هو مسؤولية المباشر لكن قد ينفرد المتسبب بالضمان، وقد يشترك هو مع المباشر ولا ضمان في غير المباشرة والتسبب.

ويتفق القانون وفقه الإسلام في الأحوال التي تنتفي أو تنعدم فيها السببية وهي قيام السبب الأجنبي لقوة قاهرة، أو خطأ المضرور، أو خطأ الغير"،و هبة الزحيلي، نفس المرجع، ص. 54، 55؛ وفي نفس المعنى راجع أيضا، صبحي محمصاني، المرجع السابق، ص. 180 وما يليها.

أولا: نفي العلاقة السببية:

وسنعترض لنفي المدين لوجود علاقة سببية من خلال عناصر النفي المتمثلة في، خطأ الدائن، ثم القوة القاهرة أو الحادث الفجائي:

I– خطأ الدائن:

فإذا أثبت المدين أن عدم تنفيذ الالتزام لا يعور لخطأ منه بقدر ما يتعلق بخطأ الدائن، استطاع أن ينفي العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، حيث يتحمل الدائن نتيجة خطأه، تعلق هذا الخطأ بشخصه مباشرة، أو خطأ قام به أحد أتباعه (كأن يكون أحد عماله)[1].

وفي ذات السياق، يذهب الفقه الاسلامي عامة[2] ومنه المالكي[3] إلى نفي مسؤولية المدين عند قيام خطأ في جانب المضرور، حيث لا يضمن المدين الهلاك أو الضرر عند قيامه بواجبه وحدوث الضرر بسبب المضرور ذاته.

---

[1]– Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.518-512 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., pp.514-515.

[2] –و هبة الزحيلي، نظرية الضمان، المرجع السابق، ص. 38–40؛ صبحي محمصاني، المرجع السابق، ص. 206، 207؛ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج6، ص. 179،180.

[3] – " [يبيع السلعة ويدلس فيها بالعيب وقد علمه] في الرجل يبيع السلعة ويدلس فيها بالعيب وقد علمه قلت: أرأيت إن بعت ثوبا من رجل دلست له بعيب وأنا أعلم أو كان به عيب لم أعلم به ؟ قال: قال مالك: إذا دلس بالعيب وهو يعلم ثم أحدث المشتري في الثوب صبغا ينقص الثوب أو قطعه قميصا أو ما أشبه ذلك، فإن المشتري بالخيار إن شاء حبس الثوب ويرجع على البائع بما بين الصحة والداء، وإن شاء رد الثوب ولا شيء عليه، وإن كان الصبغ قد زاد في الثوب، فإن شاء حبس الثوب ويرجع على البائع بما بين الصحة والداء، وإن شاء رد الثوب وكان شريكا للبائع بما زاد الصبغ في الثوب، وقال أبو الزناد: إذا ابتاع الرجل ثوبا فقطعه قميصا ثم وجد فيه عيبا قال: فإن كان صاحبه دلس رده عليه، وإن كان لم يدلس طرح عن المبتاع قدر عيبه" مالك بن انس الأصبحي، المدونة الكبرى، المرجع السابق، ج3، ص. 353.

II- القوة القاهرة أو الحادث الفجائي:

نصت المادة 1147 من ق م ف على أن المدين لا يكون مسؤولا إذا كان عدم تنفيذه لالتزامه راجعا إلى سبب خارجي ليس منسوبا إليه إضافة لعدم وجود سوء نية في جانبه[1]. كما نصت المادة 1148 من نفس القانون بعدها على أن المدين لا يكون مسؤولا عن التعويض إذا لم يقم بتنفيذ التزامه بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائي[2] .

وانطلاقا من ذلك، لم يميز الفقه الفرنسي[3] ومن قبله القضاء[4] بين القوة القاهرة والحادث الفجائي من خلال اختلاف الأثر، ذلك أن العبرة فيهما بالنظر إلى عدم توقع الحصول فنكون أمام الحادث الفجائي. أما إذا نظر إليه من معيار عدم إمكان الدفع فنكون أمام قوة قاهرة، ومثال الأول انفجار آلة في مصنع متعاقد على تسليم بضائع أو انفجار محرك سيارة ناقل أو احتراقها، أما الثانية فمثالها الزلزال او الصواعق أو الفيضانات والثلوج. وهو ما يجعل تعريفهما معا يتمحور حول حدوث أمر غير متوقع الحصول أو غير ممكن الدفع مما يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، دون ان يكون

1- Article 1147 : « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part ».

2- Article : « 1148 Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit ».

3- Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.513-518 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., pp.510-512.

4- Cass. Civ., lre, 30 octobre 2008, 07-17.134 ; Cass. Civ., lre, 6 novembre 2002 , n° de pourvoi: 99-21203 ; Cass, civ 2ème, 11 juillet 2002, n° de pourvoi: 01-10016 ; Cass, civ, lre, 10 février 1998 , n° de pourvoi: 96-13316 ; Cass. Civ., lre, 9 mars 1994, 91-17.459 91-17.464 ; Cass. Civ., lre , 24 janvier 1995 , n° de pourvoi: 92-18227, www.legifrance.gouv.fr.

هناك خطأ في جانب المدين.

أما ما يقابل ذلك من نصوص المذهب المالكي، فجدير بالذكر أن هذا الأخير شأنه شأن الفقه الإسلامي عامة[1] يزخر بالكثير من الأحكام التي تندرج ضمن ما سماه الفقه الفرنسي القوة القاهرة والحادث الفجائي، حيث يتوسع الفقه المالكي في تنظيم انفساخ العقود بسبب "الآفة السماوية"[2]، وهي كل أمر قاهر لا يمكن دفعه كالريح، والبرد، والمطر، والجراد، والحريق ... وما إلى ذلك. مع الإشارة كذلك إلى توسع المالكية في الأخذ بالجوائح التي لا تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا بقدر ما تجعله مرهقا، وهو موضوع نظرية الظروف الطارئة.

ثانيا: نظرية الظروف الطارئة:

من خلال المادة 1134 من ق م ف التي سبق الاشارة إليها، نجد المشرع الفرنسي أقر قاعدة مفادها اعتبار العقد شريعة للمتعاقدين، فلا يمكن الرجوع عنه إلا برضاء متبادل من المتعاقدين أو لأسباب يجيزها القانون. ومعناها في هذا النطاق أن

[1]–و هبة الزحيلي، نظرية الضمان، المرجع السابق، ص. 37، 38؛ صبحي محمصاني، المرجع السابق، ص. 208، 209.

[2]– " إذا لم ينزل المطر أو غرقت الأرض أو هارت البئر قبل تمام الزرع فهلك الزرع رجع بالكراء لعدم تسليم المنفعة فإن لقي الماء للبعض وهلك البعض حصل ماله به نفع وعليه من الكراء بقدره وإلا فلا وأما هلاكه ببرد أو جليد أو جائحة فعليه الكراء لأنها ليست من جهة الأرض ولا منافعها وقاله الأئمة وإذا غرق الزرع بعد الإبان فكالجليد أو انكشف في الإبان وأمكن زرعها ثانية لزمه الكراء وإلا فلا قال ابن يونس: ماله به نفع مثل خمسة من مائة ..."، شهاب الدين احمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، ج5، المرجع السابق، ص. 538؛ وكذلك" لو هلك الزرع ببرد أو جليد أو جائحة فالكراء عليه. (أو غرق بعد وقت الحرث) من المدونة: إن أتى مطر فغرق زرعه في إبان لو انكشف الماء عن الأرض أدرك زرعها ثانية فلم ينكشف حتى فات الإبان فذلك كغرقها في الإبان قبل أن تزرع حتى فات الحرث فلا كراء عليه، ولو انكشف الماء في إبان يدرك فيه الحرث لزمه الكراء وإن لم يحدث. ومن المدونة أيضا. إن أتى مطر بعد الزرع وفات إبان الزراعة فغرق زرعه حتى هلك بذلك فهي جائحة على الزارع وعليه جميع الكراء بخلاف هلاكه من القحط.."، المواق المالكي، المرجع السابق، ج7، ص. 581.

العقد هو القانون الاتفاقي الذي يلزم به المتعاقدين، فهو يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة العقدية، ويطبقه القاضي عليهما كما يطبق القانون. وعلى ذلك فإن الإرادة المشتركة التي أنشأت العقد هي وحدها التي تستطيع إنهاء العقد أو تعديل العلاقة المتولدة عنه.

إلا أن الذي يثير العديد من الإشكالات في مجال القوة الملزمة للعقد من حيث موضوعه، فهو قدرة القاضي على تعديل التزامات أطراف العقد نتيجة لحدوث ظروف طرأت بعد التعاقد، ذلك أن نظرية الظروف الطارئة تعتبر من أكثر النظريات التي أثارت جدلا في كل من الفقه والقانون الفرنسيين، لنتعرض على هذا الأساس للتعريف بهذه النظرية وتطورها التاريخي (I)، ثم نبحث من ثمة عن مدى تأثر القانون الفرنسي في تنظيمها بالفقه المالكي وعقد المقارنة في ذات الوقت (II).

I- التعريف بنظرية الظروف الطارئة وتطورها التاريخي:

إن تسمية هذه النظرية بهذا الاسم، فيه الدلالة الكافية على معناها، حيث تفترض هذه النظرية أن عقدا يتراخى تنفيذه إلى أجال كعقد التوريد، وعند حلول أجل التنفيذ تكون الظروف الاقتصادية قد تغيرت تغيرا فجائيا لم يكن منظورا وقت إبرام العقد، فيصبح الوفاء بالالتزامات الناشئة من العقد لا مستحيلا استحالة تامة ينقضي بها الالتزام كالاستحالة التي تنشأ من القوة القاهرة، وإنما يصبح مرهقا للمدين بحيث يؤدي إجباره عليه إلى إفلاسه أو ينزل به على الأقل خسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف. فما مصير هذا العقد وما ينبغي أن يكون موقف المشرع أو القاضي من هذا المدين الذي ابرم العقد وهو عازم على تنفيذه بأمانة وحسن نية، إلا أن ظروف باغتته لم تكن في الحسبان طرأت به، أعاقته عن تنفيذ التزامه وهددته بخسارة فادحة ؟ [1].

---

[1] -Cf. MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe,

تجيب نظرية الظروف الطارئة بأن الالتزام لا ينقضي لأن الحادث الطارئ ليس قوة قاهرة، ولا يبقى هذا الالتزام كما هو لأنه مرهق، ولكن يرد القاضي الالتزام إلى الحد المعقول حتى يطيق المدين تنفيذه، بحيث يطيقه بمشقة ولكن في غير إرهاق، وهذا بالرغم من تشبث الدائن بالقوة الملزمة للعقد وتمسكه بمطالبة المدين بوفاء التزاماته كاملة، متجاهلا ما تغير من الظروف وما يلحق بالمدين من خسارة لو اكره على التنفيذ [1].

والجدير بالملاحظة أن ليس لنظرية الظروف الطارئة تاريخ مستقل، وإنما يتصل تاريخها بتاريخ الالتزام وتطور مفهومه وتأثير مبدأ العدالة فيه على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين. ولما كان هذا المبدأ من الأسس الرئيسية في الدين، فإن ظهوره غير مستغرب في القوانين المشبعة بالدين. فقد ظهر في العصور الوسطى في القانون الكنسي حيث عرف هذا الأخير بعض التطبيقات الفرعية لهذه النظرية استمدها من المبادئ المسيحية الداعية إلى التراحم والتآخي، ذلك أن الكنيسة لم تضع نظرية مستقلة للحوادث الطارئة، إنما وضعت قواعد لحماية الطرف الضعيف في العقد[2].

أما القانون الروماني، فكان يخلو من مبدأ عام يصلح كأساس لنظرية الظروف الطارئة لأسباب عدة، من أهمها تمسكه بالشكليات المفروضة وعدم جواز تعديل العقد، ثم أن هذه النظرية تمثل ثغرة ينفد منها القاضي إلى العقد فينال من قوته الملزمة،

---

op.cit., p.376 ;

جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، المرجع السابق، ص. 357 وما يليها؛ آلان بينابنت، المرجع السابق، ص. 220؛ عبد السلام الترمانيني، نظرية الظروف الطارئة، دراسة تاريخية ومقارنة في الشريعة الإسلامية والشرائع الأوربية وتطبيقات النظرية في تقنينات البلاد العربية، دار الفكر، د ب ط، 1971، ص. 1، 2.

[1] – أنظر سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، العقد والإرادة المنفردة، دار الكتب القانونية، شتات، مصر، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، 1987، ص. 513-519.

[2]– عبد السلام الترمانيني، نفس المرجع، ص. 7-11.

حيت يستطيع تعديل العقد بطلب من أحد المتعاقدان دون رضاء الآخر[1].

وعلى هذا الحال بقي القانون الفرنسي[2]، خاصة بعد ازدهار مبدأ سلطان الإرادة، فاعتبر العقد شريعة للمتعاقدين وحصل التشدد في التقيد به وفي عدم جواز تعديله أو نقضه مهما كانت الظروف التي أبرم فيها ومهما طرأ عليه من ظروف لم تكن في الحسبان ومهما أثرت هذه الظروف على كيانه الاقتصادي. وبذلك غابت هذه النظرية عن الأنظار في دائرة القانون الخاص[3].

ولقد دعم الاجتهاد المدني الفرنسي لمحكمة النقض الوصول إلى هذا الاندثار، حيث أرست اجتهادات هذه الأخيرة رفض النظرية كلما عرضت عليها، وذلك مند صدور القانون الفرنسي، ونذكر هنا على سبيل المثال ثلاث قضايا هي[4]:

- قضية البدل الشخصي في الخدمة العسكرية -Contrat de remplacement militaire- بتاريخ 9 يناير 1856.

- قضية قنال كاربون - Canal de Craponne- بتاريخ 9 مارس 1876.

1- Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.526-528 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p.296 ;

جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، المرجع السابق، ص. 363؛ عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص. 8.

2- جاك غستان، نفس المرجع، ص. 363-370.

3- سليمان مرقس، المرجع السابق، ص. 513- 519؛ جاك غستان، نفس المرجع، ص. 363-372؛ CARBONNIER Jean, op.cit., pp.285-290 ; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.526-528.

4- Cass. Civ., 9 janv. 1856, Contrat de remplacement militaire ; Cass. Civ., 6 mars 1876, Canal de Craponne ; Cass. Civ., 6 juin 1921, Cheptel, cités par TERRE François, LEQUETTE Yves, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 12e édition 2008, p.183, www.actu.dalloz-etudiant.fr.

- قضية إجازة الماشية - Cheptel- بتاريخ 6 يونيو 1921.

على أن نظرية الظروف الطارئة بالرغم من اندثارها في القانون الخاص، ازدهرت في القانون العام، حيث بدأت في القانون الدولي العام كشرط ضمنيا مفروضا في المعاهدات الدولية، فهي تنقضي بتغير الظروف. ثم انتقلت من القانون الدولي العام إلى القانون الإداري، وكانت الحرب العالمية الأولى هي المناسبة التي أتاحت لمجلس الدولة الفرنسي الأخذ بها في قضية الغاز المعروفة، ذلك أن شركة الغاز في مدينة بوردو كانت ملزمة بتوريد الغاز للمدينة بسعر معين، ثم ارتفع السعر عند نشوب الحرب من 28 فرنك للطن في سنة 1913 إلى 73 فرنك في سنة 1915، ولما رفع الأمر إلى مجلس الدولة قضى بتعديل العقد مما يتناسب مع السعر الجديد في القرار الصادر بتاريخ 30 مايو 1916، حيث كان أول قرار صدر بهذا الشأن، ثم أعقب هذا الحكم أحكاما أخرى من القضاء الإداري في هذا المعنى[1].

وما تجدر الإشارة إليه هنا أن تبدل الأوضاع الاقتصادية إثر الحربين العالميتين من جهة، ومسايرة القضاء الفرنسي لهذا التبدل من جهة أخرى، اضطر المشرع الفرنسي إلى إصدار قوانين لحالات خاصة أوجد فيها حلولا صريحة تقوم على تطبيق نظرية الظروف الطارئة، خاصة أن مثل هذه الحالات ما تزال في ازدياد ليس في فرنسا فحسب، بل في جميع الدول التي أخذت تتدخل فيها الدول لتنظيم الاقتصاد وتوجيهه. وعلى هذا الأساس أصدر المشرع الفرنسي بعض القوانين في نص فيها صراحة على فسخ العقود أو تعديله بسبب تبدل الظروف الاقتصادية، نذكر منها[2]:

---

[1]- Conseil d'Etat, du 30 mars 1916, n° 59928, www.legifrance.gouv.fr.

[2]- راجع فيها، جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، المرجع السابق، ص. 368، 369؛ عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص. 26-29.

- القانون المسمى بقانون فايو Loi Faillot الصادر في أعقاب الحرب العالمية الأولى بتاريخ 1918/1/21، حيث أجاز للقاضي أن يحكم بفسخ عقود التوريد وجميع العقود التجارية الأخرى المعقودة قبل 1914/8/1، إذا أدى تنفيذها إلى إرهاق أحد المتعاقدين أو تحميله خسارة فادحة، ولقد أخذ المشرع في هذا القانون بمبدأ الفسخ و لم يأخذ بمبدأ التعديل.

- القوانين المتعلقة بالإيجار، حيث نص منها على تمديد مدة العقد (كالقانون الصادر بتاريخ 1925/7/6 والقانون الصادر بتاريخ 1927/6/9) ...الخ.

- اضطر المشرع الفرنسي أن يتدخل من جديد إثر إعلان الحرب العالمية الثانية، فأصدر بتاريخ 1949/4/23 قانونا يشبه قانون فايو السابق، وطبقه على جميع العقود المبرمة قبل 1949/9/2 إذا تضمنت التزامات متعاقبة أو مؤجلة التنفيذ.

II- نظرية الظروف الطارئة في الفقه المالكي:

تعتبر نظرية الظروف الطارئة من صميم الفقه الإسلامي عامة[1] والفقه المالكي منه خاصة[2]، فهي تقوم على أساس الضرورة، والعدل ،والإحسان لقوله تعالى ﴿ يُرِيدُ اللّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾[3]، وقوله تعالى ﴿ إِنَّ اللّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ

[1]- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج4، ط 2، ص. 161؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج 5، ص. 90 وما يليها؛ وفي نفس معنى هذه النظرية المؤسسة على التوازن العقدي المعتبر عدالة في الفقه الاسلامي أنظر، درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص. 38-41.

[2]- وتسمى فيه الفسخ للعذر، وأبرز الأعذار التي تبيح العذر في المذهب المالكي هي الجوائح كما سنرى لاحقا.

[3]- سورة البقرة، الآية 185.

وَالْإِحْسَانِ ﴾[1]. وقوله سبحانه ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ [2].

فانطلاقا من ذلك تنبه فقهاء الشريعة الإسلامية إلى أثر الظروف الاقتصادية، ومجافاة هذا الوضع لقواعد العدالة، فاسندوا نظرية الظروف الطارئة إلى نظرية العذر، ونظرية الحوائج، ونظرية الضرورة [3]، وكلها نظريات تتماشى مع أحدث النظريات القانونية في هذا المجال.

ولقد جاء في كتب الفقه الإسلامي الكثير من القواعد الكلية والمبادئ الفقهية التي تقوم على أساس نظرية الضرورة، ويتفرع عن هذه النظرية جملة من القواعد تدخل ضمنها 'لا ضرر ولا ضرار'، 'المشقة تجلب التيسير'، 'الضرر يزال'، 'الضرورات تبيح المحظورات'، 'الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف'، 'الضرر الخاص لدفع الضرر العام'، 'ذرء المفاسد أولى من جلب المصالح'، 'الضرورات تقدر بمقدارها'، وغيرها من القواعد الكلية التي تجيز تغير العقود وتعديلها [4] .

وبالرجوع إلى تطبيقات نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي، نجدها مختلفة ومتنوعة نذكر منها، الأعذار في الإيجار، والجوائح في بيع الثمار وفق التالي:

[1]- سورة النحل، الآية 90.

[2]- سورة الحج، الآية 78.

[3]- عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص. 40-46.

[4]- عزت عبيد الدعاس، المرجع السابق، ص. 28 وما يليها؛ عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص. 98-101.

أ- الأعذار في عقد الإيجار:

لم تتفق المذاهب المختلفة على حكم واحد في فسخ الإيجار بالعذر، فمنها من توسع في ذلك توسعا كبيرا وهو المذهب الحنفي[1]، ومنها من ضيق مع تفاوت في هذا التضييق، وهي المذاهب الفقهية الإسلامية الثلاثة يتقدمها المذهب المالكي[2].

والمراد بالعذر في هذا المقام هو العجز عن المضي على موجب العقد إلا بتحمل ضرر غير مستحق به، أي بعقد الإجارة. والمقصود بالمستحق بالعقد ما يكون ناشئا مما يوجبه التزام الطرفين، فكل ضرر يحصل لأحد المتعاقدين من بقاء العقد على اللزوم، وينشئ من سبب خارج عن نطاق الالتزام، فهو عذر[3].

ويفسخ الإيجار عند من يتوسعون في القول به لعذر يقوم في جانب المستأجر، أو لعذر يقوم في جانب المؤجر، أو لعذر يقوم بالنسبة للعين المؤجرة[4]:

1- العذر في جانب المستأجر: كأن يفلس المستأجر فيخرج من السوق، ويكون هذا عذر لفسخ الإجارة. وكذلك لو أراد المستأجر السفر لمصلحة لا يستطيع تفويتها إلا بمضرة.

2- العذر في جانب المؤجر: نحو أن يلحقه دين فادح لا يجد قضاءه إلا من ثمن

1- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1986، ص. 222-224؛ الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج 4، ص. 458.

2- شهاب الدين احمد بن إدريس القرافي، المرجع السابق، ج5، ص. 531وما يليها؛ الكافي في فقه الإمام أحمد ابن حنبل، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1994، ص. 177 وما يليها؛ أبي محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، ج8، إدارة الطباعة المنيرية بمصر، ص.187 وما يليها؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج 4، ط 4، ص. 756، 757.

3- عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص. 48.

4- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني، المرجع السابق، ج4، ص. 197-199.

بيع العين المؤجرة، ذلك أن بيع العين لا ينفذ إلا بإجازة المستأجر، فيكون هذا عذرا لفسخ الإجارة.

3- العذر بالنسبة لعين المؤجرة: ومثاله لو أجر أب صبي له ثم بلغ الولد أثناء الإجارة وأنف من خدمة الناس، كان ذلك عذرا لفسخها، لأن في إبقاء العقد بعد البلوغ ضررا للصبي.

ب - الأعذار في عقد البيع:

كما أن الحنفية يفسحون المجال لنظرية الفسخ بالعذر في عقد الإيجار، كذلك يلاحظ على المالكية[1] توسعهم في نظرية إنقاص الثمن للجوائح في بيع الثمار والخضار، ويتفق الحنابلة مع المالكية في نظرية الجوائح، أما الشافعية والحنفية فلا يقرون هذه النظرية[2].

والجائحة هي كل آفة لا صنع لآدمي فيها ولا يستطيع الدفع لها والاحتراز منها، حيث قال مالك بأن الجوائح من ضمان البائع وأن للمشتري أن يرجع عليه بما أحدثته من التلف، واشترط أن يبلغ المجاح الثلث فأكثر، ووقتها عنده هو ما يتطلبه بقاء الثمر على الشجر دون قطف حتى يستوفي طيبه[3]. وقد استند مالك في مذهبه إلى ما روي عن النبي ﷺ أنه قال" إن بعت من أخيك ثمرا فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ

---

[1]- مالك بن انس الأصبحي، المرجع السابق، ج3، ص. 581 وما يليها؛ ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج، ص. 186-194؛ عبد السند حسن يمامة، المرجع السابق، ج16، ص. 282 وما يليها.

[2]- أنظر، عادل مبارك المطيرات، أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه، قسم الشريعة الإسلامية، جامعة القاهرة، 2001، ص. 26 وما يليها.

[3]- صبحي محمصاني، المرجع السابق، ص. 498، 499.

منه شيئا، بما تأخذ من مال أخيك بغير حق"[1] .

ذلك أن طبيعة الثمار التي تباع قبل جنيها، سواء ما ظهر منها أو لم يظهر، تقتضي أن تصاب بآفات تقلل من قيمتها أو كميتها، وقد تكون الخسارة كبيرة خارجة عن النطاق الذي يدخله المتعاقد في حسابه[2]، فهل يحتمل المشتري هذه الخسارة ويلتزم بالضرر وهذا هو المذهب الحنفي[3] والشافعي[4]، أو أن يرجع بها على البائع وهذا هو المذهب المالكي[5]- كما تقدم- والحنبلي[6] في حدود معينة.

ثم أن أساس الاختلاف هنا يعود في الأصل إلى بيع ما لم يظهر من المحصول تبعا لما ظهر منه[7]، فعند مالك مثلا أن بدو الصلاح في الصنف الواحد هو وجود الإزهار في بعضه لا في كله إذا كان الإزهار متتابع[8].

وما تجدر الإشارة إليه هنا أن ابن القيم الجوزية وهو من فقهاء الحنابلة المتأخرين، لم يقل بجواز هذا البيع فحسب، بل هاجم بعنف الرأي القائل بعدم جوازه، وذكر أن النهي الذي ورد بالسنة – حديث عبد الله بن عمر أن "رسول الله

---

[1]- المسند الجامع، المرجع السابق، ج4، ص. 132.

[2]- عادل مبارك المطيرات، المرجع السابق، ص. 348-352.

[3]- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني، المرجع السابق، ج5، ص. 239.

[4]- محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ج3، ص. 57.

[5]- شهاب الدين احمد بن إدريس القرافي، المرجع السابق، ج5، ص. 187.

[6]- موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد ابن حنبل، المرجع السابق، ج2، ص. 44 ما يليها.

[7]- موفق الدين عبد الله بن قدامه المقدسي، المغني، ج6،دار عالم الكتب، الر ياض، المملكة العربية السعودية، ط3، 1997، ص. 148 وما يليها؛ عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص. 60-67؛ عادل مبارك المطيرات، المرجع السابق، ص. 291 وما يليها.

[8]- عبد السند حسن يمامة، المرج لسابقن ج16، ص. 203-224.

ﷺ نهى عن بيع الثمار، حتى يبدو صلاحها"[1]- هو النهي عن بيع الضرر، وهو ما يقدر على تسليمه سواء أكان موجودا أو معدوما[2].

ومن ذلك يظهر بوضوح كيف أن الضرورة قضت بالخروج على مبدأ عدم جواز المعدوم، وإقرار بيع ما هو غير موجود تبعا للموجود، لاعتبارات الحاجة والتعامل[3].

وختاما لتنظيم الفقه الإسلامي عامة والمالكي منه لنظرية الظروف الطارئة مقارنة بالقانون المدني الفرنسي، تجدر الإشارة في هذا المقام إلى عبارة مهمة تنسب للفقيه الفرنسي الكبير الأستاذ ' إدوارد لامبير '، حيث أكد في المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي انعقد بلاهاي سنة 1932 بأن " نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي تعبر بصورة أكيدة ومثالية عن فكرة يوجد أساسها في القانون الدولي العام في نظرية الظروف المتغيرة، وفي القضاء الإداري الفرنسي في نظرية الظروف الطارئة، وفي القضاء الإنجليزي فيما أدخله من المرونة على نظرية استحالة تنفيذ الالتزام تحت ضغط الظروف الاقتصادية التي نشأت بسبب الحرب، وفي القضاء الدستوري الأمريكي في نظرية الحوادث المفاجئة "[4].

كما أن الأستاذ السنهوري قد أخد بهذا الرأي، فأشار إليه في المقال الذي نشره عام 1936 بعنوان (وجوب تنقيح القانون المدني المصري) حيث قال" إن نظرية

---

[1]- المسند الجامع، المرجع السابق، ج10، ص. 448.

[2]- أنظر، ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج 3، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، 2003، ص. 212 وما يليها.

[3]- عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص. 65.

[4]- أنظر، إدوارد لامبير، مقتبس عن بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2004، ص. 252-253.

الظروف الطارئة عادلة، ويمكن للمشرع المصري في تقنينه الجديد أن يأخذ بها استنادا إلى نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية، وهي نظرية فسيحة المدى خصبة النتائج تتسع لنظرية الظروف الطارئة ولها تطبيقات كثيرة منها نظرية العذر في فسخ الإيجار، وقد أصبحت نظرية الضرورة من النظريات الأساسية في الشريعة الإسلامية، وهي تتماشى مع احدث النظريات القانونية في هذا الموضوع"[1]، ولما قبل مشروع تنقيح القانون المدني المصري نظرية الحوادث الطارئة، بينت مذكرته الإيضاحية، أن الأخذ بهذه النظرية كان استنادا إلى نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي[2].

ثم إذا كان القانون المدني الفرنسي يتفق مع أحكام الفقه المالكي في أثر العقد بالنسبة لكل من أشخاصه وموضوعه بالشكل المتقدم التعرض إليه، هل من الممكن القول بوجود اتفاق كبير بينهما في الأسباب التي قد تتوفر قبل تنفيذ العقد أو أثناءه، فتحول دون تنفيذه مما يترتب عليه انحلاله ؟.

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مجلة القانون والاقتصاد، ص. 6، مقتبس عن عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص. 106.

[2]- عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص. 36.

الفصل الثاني
انحلال العقد

جدير بالإشارة بداية إلى أن البحث عن مدى تأثر القانون المدني الفرنسي بالفقه المالكي في مجال انحلال العقد ضمن نطاق آثاره، هو بسبب نشوء العقد صحيحا ثم ينحل بعد ذلك بطريق من طرق الانحلال التي سنحاول التعرض لها لاحقا. أما نظرية بطلان العقد فإن كانت من طرق انحلال العقد، إلا أنها تتعلق أكثر بنشوئه باطلا أو تقرير بطلانه بما يبعدنا عن ترتيبه لآثاره القانونية ومن ثمة فكرة انحلاله[1]. حيث رأينا سابقا [2] أن الفقه الفرنسي يفرق في البطلان بين البطلان المطلق الذي لا ينتج فيه العقد أثرا قانونيا لعدم وجوده القانوني، أما البطلان النسبي فيترتب آثاره الى حين تقرر بطلانه بما يعدم هذه الآثار.

وانطلاقا من ذلك، سنحاول البحث عن هذا الأثر بالتعرض إلى انحلال العقد بالفسخ (أولا)، لنتعرض بعده إلى انحلاله بأسباب غير الفسخ (ثانيا).

المبحث الأول
انحلال العقد بالفسخ

يعرف الفسخ على أنه حل للرابطة التعاقدية بطلب من أحد المتعاقدين، نتيجة لإخلال المتعاقد الآخر بالتزامه[3]. كما نصت المادة 1184 من ق م ف على: " الشرط الفاسخ مفهوم دائما في العقود الملزمة للجانبين في حالة إذا لم يقم أحد

---

[1] – Cf. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, op.cit., p. 331.

[2]– راجع الصفحة رقم 176، 178 من هذه الدراسة.

[3] – Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p.570 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., p.455.

المتعاقدين بما في ذمته من التزام.

وفي هذه الحالة لا يفسخ العقد من تلقاء نفسه، بل يكون للطرف الذي لم يوف له بالالتزام الخيار بين أن يجبر الطرف الآخر على تنفيذ العقد إذا كان هذا ممكنا، أو أن يطلب فسخ العقد مع التعويضات.

وتجب المطالبة بالفسخ أمام القضاء، ويجوز إعطاء المدين مهلة على حسب الأحوال"[1].

ومن خلال هذا النص، يتضح وجود تشابه بين الفسخ والمسؤولية العقدية باعتبار كل منهما جزاء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي، ذلك أن عدم قيام أحد المتعاقدين بالتزاماته التعاقدية، يخول المتعاقد الثاني المطالبة بالفسخ في ذات الوقت الذي يخوله المطالبة بالتعويض كما جاء في عبارة " أو أن يطلب فسخ العقد مع التعويضات " في المادة 1184 من ق م ف، حيث لا تكون المطالبة بالتعويض مبنية على الفسخ حينها، بل على أساس المسؤولية العقدية وفق لما سبق التعرض إليه في نطاقها[2].

هذا ورغم وجود صلة بين الفسخ والمسؤولية العقدية وفق الشكل أعلاه، يمكن أن نجد مكانا للعقد دونما وجود للمسؤولية العقدية كما لو كان الإخلال بالالتزام

---

[1]- Article 1184 : « La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances ».

[2]- راجع الصفحة 244 من هذه الدراسة.

يعود لسبب أجنبي عن المدين مثلما سنرى في الفسخ بحكم القانون أو ما يعرف بالانفساخ.

ثم بالرجوع إلى الفسخ في الفقه المالكي، نجده قد عرف تطبيقات كثيرة للفسخ كما سيتضح، بل صاغ له الفقه الاسلامي عامة نظرية تستقل بأحكامه تحت مسمى الفسخ[1]، وعرف على أنه "حل ارتباط العقد، أو هو ارتفاع حكم العقد من الأصل كأن لم يكن "[2].

أما عن البحث في مدى وجود تأثر للقانون الفرنسي بالفقه المالكي في موضوع فسخ العقد، فنحاول التعرض إليه من خلال أهم عناوين هذه النظرية بداية من أساس نظرية الفسخ (المطلب الأول)، ثم الأحكام العامة لأنواع الفسخ (المطلب الثاني).

المطلب الأول
أساس نظرية الفسخ

حيث نبحث عن هذا الأساس في القانون الفرنسي أولا، لننتقل بعد ذلك إلى الفقه المالكي ومن ثمة عقد مقارنة نبحث من خلالها مدى تأثر القانون الفرنسي بالفقه المالكي في هذا المجال.

---

[1]– راجع في تفصيل الفقه الإسلامي لنظرية الفسخ، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ط4، ج 4، ص. 3147 وما يليها؛ مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص. 593 وما يليها.

[2]– وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص. 3149.

الفرع الأول
أساس الفسخ في القانون المدني الفرنسي

قبل البحث عن هذا الأساس من خلال الفقه الفرنسي وتعليقه على النصوص المنظمة للفسخ في القانون المدني الفرنسي، جدير بالذكر أن القانون الروماني[1] لم يعرف في بدايته نظرية الفسخ كنظرية مؤسسة على فكرة الالتزامات المتقابلة، ذلك أن العقد الملزم لجانبين لديه ينشئ التزامات مستقلة عن بعضها في ذمة كل متعاقد، وفي حال عدم تنفيذ أحدهما لالتزامه المستقل لا يكون أمام الآخر إلا مطالبته بالتنفيذ دونما إمكانية تحلله من التزامه عن طريق الفسخ.

إلا أن هذا الوضع ما لبث يتغير تدريجيا حينما اعترف القانون الروماني برضائية بعض العقود تخلصا من قيود الشكلية التي كانت تطغى عليه، وهو ما أبرز فكرة الفسخ في عقد البيع باعتباره أهم العقود الرضائية. وأسس الفسخ حينها على أساس افتراض وجود شرط في العقد يفضي إلى فسخه إذا لم يقم أحدهما بتنفيذ التزامه، مع إمكانية جعل هذا الشرط صريحا حينما يشترطه البائع كحق يحل به العقد إذا لم يقم المشتري بدفع الثمن.

ثم أن الرومان[2] وإن قالوا بتعلق العقد بالشرط وفق المعنى السابق، إلا أنه لا يتخذ مسمى الشرط الفاسخ عندهم، ذلك أن الشرط عند الرومان هو شرط واقف دائما، وحين النص عليه كحالة تأخذ فكرة الشرط الفاسخ نجدها منظمة عندهم تحت

---

[1] – Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit.,p.570,571 ; GUIHO Pierre, PAYRARD Georges, Droit civil, Les obligations, T2, Le régime général, L'Hermès, 3éme édition, 1992, paris, p.260.

[2] – Cf. DEMOLOMBE Charles, Cours de code Napoléon, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles et général, Tome 1, paris, 1968, op.cit., p.275 et s.

مسمى الالتزام المعلق على شرط واقف.

غير أن فقهاء القانون الكنسي هم الذين ساعدوا على رواج نظرية الفسخ على أساس فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين. مع ضرورة تقريره حينها من القاضي الذي يملك سلطة تقديرية في قبوله أو رفضه. وهو ما سار عليه فقهاء القانون الفرنسي القديم حيث قالوا بجواز الفسخ حتى ولو لم يوجد شرط صريح، على أن طلب الفسخ وإن كان رضائيا حينها إلا أنه لا يتم إلا بحكم قضائي[1].

وانطلاقا مما سبق، تأثر المشرع الفرنسي في المادة 1184 من القانون المدني أعلاه بالصياغة الرومانية[2]، وذكر في هذه المادة أن الشرط الفاسخ مفهوم ضمنا في العقود الملزمة للجانبين في حالة ما إذا لم يقم أحد المتعاقدين بما في ذمته من التزام [3].

لنخلص إلى أن القانون المدني الفرنسي أسس نظرية الفسخ من خلال افتراض شرط فاسخ ضمني في كل عقد. ويتحقق قيام هذا الشرط عند عدم قيام أحد المتعاقدين بالالتزامات الملقاة على عاتقه، مع ضرورة اللجوء إلى القضاء حين المطالبة به من قبل صاحب حق التمسك به.

[1]- Cf. GUIHO Pierre, PAYRARD Georges, op.cit., pp.260-261.

[2]- Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p.570 ; CARBONNIER Jean, op.cit., pp. 339-340.

[3] – ولعل هذا ما يفسر اكتفاء القانون المدني الفرنسي كذلك في تعريفه للشرط في المادة 1168 بتعريف الالتزام الشرطي عامة حينما قال" يعتبر الالتزام شرطيا إذا تعلق بحادث مستقبل غير متوقع الوقوع، سواء كان التعليق بحصول الحادث أو فسخه موقوفا على وقوع الحادث أو عدم وقوعه ".

Article 1168 : « L'obligation est conditionnelle lorsqu'on la fait dépendre d'un événement futur et incertain, soit en la suspendant jusqu'à ce que l'événement arrive, soit en la résiliant, selon que l'événement arrivera ou n'arrivera pas ».

هذا وقبل البحث عن أساس الفسخ في الفقه المالكي، جدير بالذكر أن تأسيس نظرية الفسخ على فكرة الشرط الفاسخ الضمني كانت محل انتقاد كبير من الفقه الفرنسي ذاته[1]، حيث لو صحت هذه الفكرة أساسا للفسخ لترتب على عدم قيام المدين بالتزامه تحقق الشرط الفاسخ مباشرة، فينفسخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم. وهذا غير صحيح لأن الفسخ لا يكون إلا بحكم قضائي أو باتفاق صريح كما نص المشرع الفرنسي ذاته في النصوص المنظمة للفسخ أعلاه.

ومن جهة أخرى، إذا كان فسخ العقد يرجع إلى تحقق الشرط الفاسخ الضمني لكان من الجائز أن يتفقا المتعاقدان صراحة على التنازل عن هذا الشرط، فلا يجوز لأحدهما طلب الفسخ إذا لم يقم الأخر بالتزامه، وهذا ليس صحيح كذلك.

ونتيجة لهذا الانتقاد، ظهر اتجاه آخر حاول تأسيس فكرة الفسخ على أساس فكرة السبب في النظرية التقليدية السابق التعرض إليها في موضوع السبب[2]، وبمؤداها يكون التزام كل متعاقد هو سبب التزام المتعاقد الآخر، وهو ما يُمَكن كل متعاقد التحلل من التزامه متى لم يقم المتعاقد الأخر بتنفيذ ما عليه من التزام، ذلك أن عدم تنفيذ أحدهما لالتزامه يجعل المتعاقد الآخر ملتزم بدون سبب وهو ما يخوله المطالبة بفسخ هذه الرابطة التعاقدية. مع الإشارة إلى أن الانتقادات التي وجهت للنظرية التقليدية للسبب[3] توجه لهذا الرأي، ذلك أن السبب هو الباعث إلى التعاقد، ولا علاقة له بفسخ العقد حينها.

---

[1]- Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p.570 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., pp.310-314.

[2] – راجع الصفحة 124 وما يليها من هذه الدراسة.

[3] – أنظر في هذا الصدد، درماش بن عزوز، نظرية السبب بين الاتجاه التقليدي والاتجاه الحديث، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005، ص. 29-33.

وانطلاقا من كل ما سبق، رجح الفقه الفرنسي بزعامة الفقيه كابيتان[1] - CAPITAN - تأسيس نظرية الفسخ على أساس النظرة الحديثة لنظرية السبب المبنية على فكرة ترابط الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين، ذلك أن العدالة تستلزم قيام المتعاقدين بما عليهما من التزام، وفي اللحظة التي لا يقوم فيها أحدهما بتنفيذ ما عليه من التزام جاز للمتعاقد الآخر أن يطالب بتحلله من التزامه عن طريق الفسخ. وفي هذا يقول الفقه CAPITAN أن علاقة الارتباط بين الالتزامين لا تتوقف عند حد إبرام العقد، بل تتعداها إلى مرحلة التنفيذ[2] .

الفرع الثاني
أساس الفسخ في الفقه المالكي

ما يجب الإشارة إليه أولا في هذا المجال، أن الفقه المالكي لم يعرف نظرية مستقلة تحت مسمى الفسخ وإن عرف تطبيقات كثيرة يمكن استخلاص نظرية متماسكة للفسخ من خلالها، وهو ما فعله الفقه الاسلامي الحديث[3]، حيث بنى للفسخ نظرية مستقلة عاد فيها للمذاهب الفقهية الأربعة ومنها المذهب المالكي.

هذا وينطلق الفقه الاسلامي[4] ومنه المالكي[5] من محاولة توقي الفسخ في العقد

[1]- Cf. CAPITANT Henri, op.cit, pp.333-338.

[2]- « Les canonistes, eux, ont bien compris que ces obligations, sont étroitement unies non seulement au moment de leur naissance, mais jusqu'à leur complète exécution », CAPITANT Henri, op.cit., p.145.

[3] – حيث بوبت تحت مسمى " نظرية الفسخ " في مراجع نذكر منها، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج 4، الطبعة 4، ص. 3147 وما يليها؛ مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص.593 وما يليها.

[4] – وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ج 4، ط 4، ص. 3158.

[5] – وفي هذا الصدد قال القرافي "واعلم أن الأصل في العقود اللزوم؛ لأن العقود أسباب لتحصيل المقاصد من الأعيان، والأصل ترتب المسببات على أسبابها "، شهاب الدين احمد بن إدريس القرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق، المرجع السابق، ج3، ص. 269.

استقرارا للمعاملات قدر الإمكان. ذلك أن الأصل في العقود هو الوفاء بها واحترام قوتها الملزمة، وهو ما تحث عليه الكثير من النصوص القرآنية منها قوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"[1]، وقوله " وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا "[2].

وباستعراض العقود المسماة في الفقه الإسلامي عامة للبحث فيها عما يمكن أن يصلح ميدانا للفسخ، نجدها تتمركز كما رأينا حين التعرض لمراتب العقد الصحيح[3] في الفقه الإسلامي – ومنه المالكي - حول طائفة العقود اللازمة النافذة، دون العقود اللازمة غير النافذة. إذ أن هذه الأخيرة تتشكل من نوعين يصعب فيهما تطبيق الفسخ على أساس فكرة الالتزامات المتقابلة، حيث يشمل النوع الأول تلك العقود المقترنة بخيار من الخيارات مما يجعلها قابلة للفسخ بسبب قيام الخيار ذاته، لا على أساس نظرية الفسخ.

أما النوع الثاني من العقود اللازمة غير النفادة، فهي العقود غير اللازمة بطبيعتها التي يجوز لأحد المتعاقدين أو لكليهما بحسب العقد أن يستقل بفسخها، ومثالها عقدي الوديعة والعارية.

ومن هذا المنطلق، يبقى من العقود المسماة التي تصلح للفسخ ما يعرف بالعقود اللازمة النافذة وميدانها عقود المعاوضة عامة ومنها البيع والإيجار والرهن والصلح[4]، ذلك أن النظرية العامة فيه تستمد حق الفسخ من فكرة اللزم [5].

---

[1]- سورة المائدة، الآية 1.

[2]- سورة الإسراء، الآية 34.

[3]- راجع الصفحة رقم 173-175 من هذه الدراسة.

[4]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج 6، ص. 216.

[5]- مصطفى الزرقا، المرجع السبق، ص. 593.

وبالوقوف عند الحالات التي يجوز فيها فسخ هذه الطائفة من العقود، ومنها ما نظمه الفقه المالكي تحت عنوان"موجبات الفسخ"[1]، يمكن استخلاص قواعد عامة[2] تنظم ما تشتت من هذه التفصيلات، حيث ينطلق الفقه الإسلامي عامة من قاعدة مفادها أن العقد لا ينفسخ كأصل عام إذا اخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، بل يبقى قائما وليس للدائن إلا أن يطالب بالتنفيذ أو بالضمان[3] على حسب الأحوال التي يكون عليها العقد.

على أن هناك أحوال استثنائية يجوز فيها للمتعاقد أن يطلب فسخ العقد إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه. وهذه الأحوال مردها إلى أمرين هما[4]:

أ- انعدام محل العقد أو فوات منفعته المقصودة، بأن هلك كليا أو جزئيا أو لحقه عيب أو نقص مقداره أو قامت موانع حالت دون استيفاء منفعته المقصودة، فيصبح العقد قابلا للفسخ بناء عل طلب من تتأثر مصلحته من المتعاقدين بهذا الخلل.

ب- الإخلال بالالتزام في العقود المستمرة أو عقود المدة، ويتحقق هذا الإخلال في عقد الإيجار خاصة، فهو قابل للفسخ في أكثر الأحوال كما تقدم. فبالإضافة إلى فسخ الإيجار عند اختلال المحل كهلاك العين المؤجرة أو حدوث عيب فيها أو حصول أي مانع يحول دون استيفاء المنفعة المقصودة، يمكن أيضا تصور فسخ الإيجار عندما لا يفي المستأجر بأجرة العين أو بأجر العامل.

---

[1]- شهاب الدين احمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، المرجع السابق، ج5، ص. 531 وما يليها.

[2]- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، الطبعة 4، ج 4، ص. 3171-3174؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج 6، ص. 217 وما يليها.

[3]- راجع الصفحة 249-251 من هذه الدراسة.

[4]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع، ج 6، ص. 230-232؛ وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص. 3192.

أما عن الأساس الذي ينبني عليه الفسخ في الفقه الاسلامي في الحالات التي تكون مجالا للفسخ، فهي فكرة الالتزامات المتبادلة التي نادى بها الفقيه الفرنسي CAPITAN كما رأينا حين البحث عن أساس الفسخ في القانون المدني الفرنسي، ومما جاء في هذا المجال مقارنة بين أساس الفسخ في الفقه الإسلامي وما يقابله في الفقه الفرنسي من خلال ما استقر عليه فقهه الحديث ما يلي:

" لقد عرف الفقه الإسلامي نظام الفسخ قبل القانون الكنسي وقبل القانون الروماني، ونص عليه خاصة في عقد البيع والإيجار، ولقد عرفه ابن نجيم الحنفي صاحب الأشباه والنظائر بأنه حل ارتباط العقد. كما أن الفقهاء اتفقوا بأنه إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، حق للمتعاقد الآخر أن يتحلل من التزامه بالفسخ، وهذا على أساس فكرة الترابط بين الالتزامات الناشئة في العقد الملزم للجانبين وهو نفس الوضع الذي انتقل إلى القوانين الحديثة"[1].

كما جاء في ذات السياق: " يرى بعض الكاتبين الجدد أن أساس حق الفسخ في الشريعة هو ركن الرضا، والرضا مرتبط بالمحل المعقود عليه طوال حياة الالتزام، فإذا انعدمت الصلة بينهما حتى بعد نشوء العقد كان العقد قابلا للفسخ. والأدق أن يقال: إن أساس حق الفسخ في الفقه الإسلامي هو فكرة المعاوضة المعتبرة شرعا التي يشترط فيها أن تؤدي إلى التوازن في مضمون العقد، ليس فقط عند لحظة انعقاد العقد، بل حتى عند تنفيذ العقد، فإذا اختلت المعاوضة أو التوازن العقدي، كان لمن اختلت المعاوضة في جانبه حق طلب الفسخ "[2].

[1]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 304، 305.

[2]- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ط 4، ج 4، ص. 3192.

هذا وإن ذهب الفقه الاسلامي الحديث إلى تأسيس الفسخ على فكرة الالتزامات المترابطة كما هو الحال في الفقه المدني الحديث على النحو المتقدم، نجد في نصوص الفقه الإسلامي من برر هذه الفكرة بالشرط الفاسخ الضمني بنفس النهج الذي سار عليه القانون المدني الفرنسي في المادة 1184 أعلاه، حيث جاء في هذا الصدد " ليس في الفقه الإسلامي نظرية عامة للفسخ تطبق على جميع العقود في أحوال معينة تقتضي الفسخ، ولا يعرف الفقه أيضا نظام الفسخ القانوني أي باعتباره جزاء يترتب لمصلحة الدائن على إخلال المدين بالتزامه، ويقوم على فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة. ولكن يعرف الفسخ باعتباره نتيجة لإعمال شرط يتضمنه العقد عند الإخلال بالالتزام"[1].

وتأسيسا على كل ما سبق، يمكن أن نخلص من خلال المقارنة بين أساس الفسخ في القانون المدني الفرنسي، وأساسه في الفقه المالكي الذي سار على نهج الفقه الإسلامي عامة في هذا المجال، إلى أن هذا الأخير قد أسس الفسخ على فكرة الالتزامات المتبادلة كما هو الحال في الفقه المدني الفرنسي الحديث، وفحواها احترام العدالة التعاقدية بين طرفي العقد الملزم للجانبين من حيث ضرورة تنفيذ كل متعاقد للالتزامات التي رضي أن يلقي بها على عاتقه وتطابقت فيها إرادته مع إرادة متعاقد قد تحمل التزامات مقابلة ورضي بإلزام نفسها بها. وأن إخلال أحدهما بالتزامه يتوجب تنصل المتعاقد الآخر عن التزاماته عن طريق الفسخ لما تستدعيه العدالة في العلاقات التعاقدية التبادلية.

ثم وإن أستقر الفقه الاسلامي على فكرة الالتزامات المتبادلة كأساس لنظرية الفسخ ، إلا أن البعض منه قال بالشرط الضمني الفاسخ كأساس لهذه النظرية بما يتفق مع ما ذهب إليه جل الفقه الفرنسي في شرحه للمادة 1184 ق م ف، إلا أن موقفهم

[1]– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ط 4، ج 4، ص. 3159.

هذا لا يعني القول بإمكانية تأثر الفقه الفرنسي بهذا الرأي من الفقه الاسلامي ومنه المالكي في هذا المجال، حيث تبين أن صياغة الفقه الإسلامي لنظرية متماسكة للفسخ هو وليد العصر الحديث من جهة، فضلا عن كون هذا الرأي على غير ما قال به جمهور الفقهاء المسلمين كما تقدم، وهو ما يستدعي البحث أكثر في مدى وجود تأثر في التطبيقات العملية المنضوية تحت مواضيع هذه النظرية من خلال أنواع الفسخ.

المطلب الثاني
أنواع الفسخ

من خلال التوقف عند تقسيمات القانون المدني الفرنسي للفسخ، نجد أن هذا الأخير يقسمه لصور ثلاثة، أولها الفسخ القضائي باعتباره الأصل في الفسخ كما يتضح من نص المادة 1184 ق م، وثانيهما الفسخ الاتفاقي بين المتعاقدين، وثالثهما فسخ يكون بقوة القانون في أحوال معينة تعرف بالانفساخ.

وفي مقابل ذلك، يعرف الفقه المالكي نفس هذه التقسيمات أسوة بالفقه الاسلامي عامة، حيث ينظم الفسخ القضائي بداية، ليعرف الفسخ الاتفاقي تحت مسمى الإقالة كما سنرى لاحقا، ثم الفسخ بحكم الشرع من جهة أخرى.

وعلى ذلك، ولاتفاق كل منهما في هذا التقسيم الثلاثي لأنواع الفسخ، سنحاول البحث عن مدى تأثر الأول بالثاني في كل نوع من هذه الأنواع بعقد مقارنة مباشرة بينهما.

الفرع الأول
الفسخ القضائي

ميدان هذا النوع من الفسخ هو المادة 1184 ق م ف أعلاه، حيث نقتصر في عقد المقارنة بين ما ورد فيها من أحكام وما يقابلها في الفقه المالكي من خلال فقراتها الأربعة التي تدور حول محورين، ذلك أن الفقرة الأولى أحالتنا لشروط العقد بقولها " الشرط الفاسخ مفهوم دائما في العقود الملزمة للجانبين في حالة إذا لم يقم أحد المتعاقدين بما في ذمته من التزام ".

أما الفقرة الثانية والتي بعدها فنظمتا على التوالي الخيار في الفسخ؛ وهو للدائن حينما يخير بين إجبار المدين على التنفيذ أو المطالبة بالفسخ، ثم الخيار للقاضي أيضا حينما يخير من خلال سلطته التقديرية بين القبول بطلب الدائن، أو إعطاء المدين مهلة للنفيذ، حيث جاء في ذلك: " وفي هذه الحالة لا يفسخ العقد من تلقاء نفسه، بل يكون للطرف الذي لم يوف له بالالتزام الخيار بين أن يجبر الطرف الآخر على تنفيذ العقد إذا كان هذا ممكنا، أو أن يطلب فسخ العقد مع التعويضات.
وتجب المطالبة بالفسخ أمام القضاء، ويجوز إعطاء المدين مهلة على حسب الأحوال".

ومن هذا المنطلق، نتعرض للفسخ القضائي من خلال شروطه (أولا)، ثم سلطة القاضي التقديرية فيه (ثانيا).

أولا: الشروط الواجب توفرها للمطالبة بالفسخ:

ونبحث عن مدى وجود أثر للفقه المالكي في القانون المدن الفرنسي من خلال تنظيم هذا الأخير لهذه الشروط، ثم مقارنتها بما يقابلها في الفقه المالكي، ذلك أن

الفقه الفرنسي[1] قال بوجوب توفر شروط ثلاثة في الفسخ حتى يستطيع الدائن المطالبة به تتمثل في:

I- أن يكون العقد ملزما لجانبين:

نصت المادة 1184 السابقة على هذا الشرط حينما قالت: " الشرط الفاسخ مفهوم دائما في العقود الملزمة للجانبين في حالة إذا لم يقم أحد المتعاقدين بما في ذمته من التزام .. "، إذ أن العقود الملزمة لجانبين هي الميدان الذي يرد عليه الفسخ بصرف النظر عن اختلاف أنواعه التي سنراها لاحقا، والسبب حينها قيام شرط ضمني فاسخ يتحقق عند عدم قيام أحد المتعاقدين بالالتزامات الملقاة على عاتقه في العقود المتقابلة الالتزامات.

هذا ورغم اتفاق الفقه الفرنسي على أن ميدان الفسخ هو العقود الملزمة لجانبين[2]، يذهب البعض منه[3] إلى إمكانية تصور وجود الفسخ حتى في بعض العقود الملزمة لجانب واحد، في ذات الوقت الذي يقول فيه بإمكانية وجود عقود ملزمة لجانبين ولا تطبق عليها قاعدة الفسخ.

أما تطبيق الفسخ على العقود الملزمة لجانب واحد استثناء فمثالها اخلال المرتهن بالتزاماته في المحافظة على الشيء المرهون في عقد الرهن كما جاء في الفقرة الأول من

1- راجع في تفصيل الفقه الفرنسي لهذه الشروط:
PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.574-583 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit.,pp.457-461 ; WERY Patrick, op.cit., pp.580-586.

2 -Cf. CARBONNIER Jean, op.cit., pp.81-83

3 -Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p.572 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., p.457.

المادة 2082 ق م ف[1]، حيث يجوز للراهن أن يسترد المرهون قبل الوفاء بالدين. ومثاله أيضا فسخ الالتزام المعلق على أجل إذا أفلس المدين أو حصل ما يضعف ضمان وفائه بدينه كما جاء في نص المادة 1188 ق م ف، حيث لا يحق له التمسك بعدم حلول أجل الوفاء[2] .

أما عن وجود عقود ملزمة لجانبين لا يطبق عليها الفسخ، فمثالها عقد الالتزام بالمعاش لأخر مدة حياة هذا الأخير مقابل عوض، إذ لا يفسخ هذا العقد لمجرد تأخير دفع المستحق من المعاش لمن رتب له ولا يجوز لمستحقه أن يطلب فسخ العقد واسترداد العوض لمجرد حدوث هذا التأخير؛ بل يمكن له في هذه الحالة أن يطالب فقط بالتنفيذ العيني ببيع ما يكفي من أموال المدين لتسديد قيمة الأداء المتفق عليه وفق ما نصت عليه المادة 1978 ق م ف[3].

II- أن يخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه:

وهو المقصود بعبارة " في حالة إذا لم يقم أحد المتعاقدين بما في ذمته من التزام " المنصوص عليها في المادة 1184 من ق م ف. حيث لا يحق للمتعاقد المطالبة بفسخ العقد إلا إذا أخل المتعاقد بالتزامه، وأن يكون هذا الأخير هو المتسبب في الاخلال لا

---

[1] – Article 2082 al.1 : « Le débiteur ne peut, à moins que le détenteur du gage n'en abuse, en réclamer la restitution qu'après avoir entièrement payé, tant en principal qu'intérêts et frais, la dette pour sûreté de laquelle le gage a été donné ».

[2] – Article 1188 : « Le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier ».

[3] – Article 1978 : « Le seul défaut de paiement des arrérages de la rente n'autorise point celui en faveur de qui elle est constituée à demander le remboursement du capital, ou à rentrer dans le fonds par lui aliéné : il n'a que le droit de saisir et de faire vendre les biens de son débiteur et de faire ordonner ou consentir, sur le produit de la vente, l'emploi d'une somme suffisante pour le service des arrérages ».

أن يكون سبب عدم التنفيذ أجنبي عن إرادة المدين كما سنرى في الفسخ بحكم القانون[1] (الانفساخ).

هذا وكما قد يكون عدم التنفيذ للالتزام كليا قد يكون جزئيا، وإذا كان ناتجا عن خطأ إهمال وتعمد جاز للمتعاقد الأخر المطالبة بالتعويض، وكل ذلك مع إناطة الأمر لسلطة القاضي التقديرية التي يستطيع بموجبها الحكم بالفسخ خاصة في حالة عدم التنفيذ الكلي، أو إعطاء مهلة تكملة التفنيد[2].

III– أن يكون طالب الفسخ غير مخل بالوفاء بالتزامه:

ويتجسد ذلك حينما يكون قادرا على تنفيذ التزامه، في ذات الوقت الذي يستطيع فيه إعادة الحال إلى أصلها إذا حكم بالفسخ. واشتراط هذا الشرط فيه احترام للعدالة التعاقدية، فليس من العدل أن يطالب الدائن بالفسخ رغم أنه هو الآخر قد أخل بالتزامه.

أما اشتراط استطاعته إعادة الحال إلى ما كانت عليه في حالة الحكم بالفسخ، فهو ما قرره القضاء[3] باشتراط قدرة الدائن الذي يطالب بالفسخ على رد ما أخد، فلا يمكن مثلا أن يطالب بالفسخ وقد باع ما استلم، إذ أن التزامه بالضمان مع المشتري الجديد يجعله غير قادر على رد الحال إلى ما كانت عليه إذا طالب بالفسخ .

---

[1]– راجع الصفحة 278 وما يليها من الدراسة.

[2] – Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.582-588 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., pp.457-458 ; op.cit., pp.584-586.

[3] – Cass. Civ., 1re, décembre 1987 - bull., n° 326, www.courdecassation.fr.

ولمزيد من القرارات القضائية التي تصب في نفس الإطار، راجع،

PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p.583.

أما ما يقابل هذه الشروط في الفقه المالكي، فقد سبقت الإشارة إلى أن تأصيل نظرية الفسخ كنظرية مستقاة من تطبيقاتها هو وليد الفقه الإسلامي الحديث فقط، وعلى ذلك نجد شرطي تعلق الفسخ بالعقود الملزمة للجانبين ومن ثمة ضرورة إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه فيها مفهوم من خلال تطبيقات العقود الملزمة للجانبين في المذهب المالكي[1] تحت طائفة العقود اللازمة النافذة[2]، حيث أن الفسخ فيها يكون نتيجة لتأثر فكرة المعاوضة مما يدفع أحد المتعاقدين للمطالبة بفسخ العقد نتيجة لعدم قيام المتعاقد الآخر بالتزامه.

وعلى ذلك، اشترط الفقه الإسلامي عامة في الفسخ أن يتعلق بالعقود الملزمة للجانبين، وفيه جاء: " لا يرد الفسخ إلا على العقود الملزمة للجانبين كالبيع والإيجار، لأن الفسخ يقوم شرعا على فكرة المعاوضة المعتبرة شرعا. أما العقد الملزم لجانب واحد كالوديعة والكفالة وهبة التبرع، فلا يتصور الفسخ فيه، لأن الملتزم طرف واحد، وليس هناك معاوضة أو مبادلة، حتى يلجأ الطرف الآخر إلى الفسخ لحماية مصلحته، وتسويغ امتناعه من تنفيذ التزامه "[3].

---

[1]- وكمثال على هذا المعنى جاء في المذهب" وأما قوله: وفسخت شركتهما فإنه لفظ وقع على غير تحصيل إذ ليست الشركة من العقود اللازمة فيحتاج إلى فسخها وا ٍن رضي بعد فسخ البيع بالبقاء على الشركة جاز ذلك لهما وكان كشركة مبتدأة"، ابن رشد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، المرجع السابق، ج4، ص 417؛ وأيضا " ..الأصل أن قابض العوض يلزمه دفع عوضه، فقابض المبيع يلزمه دفع الثمن، وقابض الثمن يلزمه دفع المبيع..." أنظر، خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، تحقيق أحمد بن عبد الكريم نجيب، ج 6، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة الأولى، 2008، ص. 402؛ وفي نفس المعنى راجع، شهاب الدين احمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، المرجع السابق، ج5، المرجع السابق، ص. 131.

[2]- راجع الصفحة 175 من هذه الدراسة.

[3]- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج 4، الطبعة 4، ص. 3160.

أما تطبيق الفسخ كاستثناء على العقد الملزم لجانب واحد، ثم عدم خروجه أحيانه من دائرة العقود الملزمة لجانبين في الفقه المالكي فنتعرض له من خلال أهم أمثلتهما الواردة في القانون الفرنسي أعلاه، حيث عرف الفقه المالكي ما يقابل الحكم الوارد في المادة 1188 ق م ف القائل بفسخ الالتزام المعلق بسبب إفلاس المدين تحت عنوان " الفسخ للإفلاس"[1].

ليتعلق المثال الآخر بعدم إمكان المطالبة بالفسخ في بعض العقود رغم أنها ملزمة لجانبين كما جاء في نص المادة 1978 ق م ف أعلاه حينما لم تتح الدائن حق المطالبة بالفسخ لمجرد تأخر مدينه في الدفع. حيث يعرف الفقه المالكي[2] أسوة بالفقه الإسلامي[3] هذا الحكم تحت عنوان " نظرة الميسرة "[4]، ومن خلالها يمهل المدين المعسر إلى وقت يسره.

ثانيا: سلطة القاضي التقديرية في الفسخ:

بالعودة إلى المادة 1184 من ق م ف أعلاه، نجد المشرع الفرنسي ينص في فقرتيها الثانية والثالثة على: " وفي هذه الحالة لا يفسخ العقد من تلقاء نفسه، بل يكون للطرف الذي لم يوف له بالالتزام الخيار بين أن يجبر الطرف الآخر على تنفيذ

---

[1]– راجع فيه من " باب التفليس " أو " كتاب التفليس "، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير على مختصر خليل، المرجع السابق، ج3، ص. 263 وما يليها؛ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد، المرجع السابق، ج2، ص. 184 وما يليها؛ أبو عبد الله المواق المالكي، المرجع السابق، ج6، ص. 588 وما يليها.

[2]– يعرف المعسر في الفقه المالكي بمن لا فلوس له، ومن ذلك " يقال: أفلس الرجل كأنه صار إلى حال ليس له فلوس كما يقال له أقهر إذا صار إلى حال يقهر عليه، وبعضهم يقول: صار ذا فلوس بعد أن كان ذا دراهم ودنانير، فهو مفلس والجمع مفاليس، وحقيقته الانتقال من حالة اليسر إلى حالة العسر "، محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهري، شرح الزرقاني على الموطأ، المرجع السابق، ج3، ص. 491.

[3]– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج 4، الطبعة 4، ص. 3176، 3177.

[4]– مصداقا قوله تعالىوإ ِ ن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة.."، سورة البقرة، الآية 280.

العقد إذا كان هذا ممكنا، أو أن يطلب فسخ العقد مع التعويضات.
وتجب المطالبة بالفسخ أمام القضاء، ويجوز إعطاء المدين مهلة على حسب الأحوال ".

وعليه، يتضح أن الدائن مجبرا على رفع دعوى الفسخ أمام القضاء، إلا أن الخيار في الفسخ مثلما يكون للدائن، يكون كذلك للمدين وللقاضي.

حيث يكون للدائن هذا الخيار من خلال العدول عن طلبه بالفسخ والمطالبة بدله بالتنفيد، حينما يتمسك بهذا التنفيذ متى كان ذلك ممكنا قبل صدور الحكم بالفسخ. ومن ناحية أخرى، يستطيع الدائن أن يرفع دعواه مطالبا مدينه بالتنفيذ ثم يعدل عن هذا الطلب إلى مطالبته بدله بالفسخ. أما المدين فيكون له هذا الخيار هو الآخر قبل النطق بحم الفسخ، إذ يستطيع تجنب الفسخ من خلال تنفيذ ما عليه من التزام، ولا يبقى للقاضي حينها إلا البث في طلب الدائن بالتعويض إذا رأى بسلطته التقديرية وجود محل لهذا التعويض نتيجة التأخير في التنفيذ[1].

أما خيار القاضي في الحكم بالفسخ من عدمه، فيكون له بمقتضى سلطته التقديرية في إعطاء المدين مهلة للتنفيذ. كما يمكن له ان يقضي بالفسخ مباشرة إذا رأى أن المدين قد تعمد عدم التنفيذ رغم إعذار المدين له وعدم وجود عذر منعه من التنفيذ[2].

هذا وفي الحالة التي يقضي فيها القاضي بالفسخ، يترتب على هذا الحكم إرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد إذا كان ذلك ممكنا وإلا طلب الدائن

1- Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.576-577 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., pp.458-459.

2 - Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.577-578 ; MAZEAUD H. L. J et CHABAS F, op.cit., p.1145 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., pp.459-460 ; WERY Patrick, op.cit., pp.586-589.

التعويض، وحينها يكون للفسخ أثرا رجعيا متى كان العقد فوريا كما في البيع فيرد البائع الثمن في الوقت الذي يطالب فيه المشتري برد المبيع. أما إذا كان العقد مستمرا مثلما هو الحال في الإيجار، فسخ دون رجعية لما تقتضيه طبيعة هذا النوع من العقود من عدم إمكان تصور رجوع الفسخ إلى ما مر من زمنه[1].

أما ما يقابل سلطة القاضي في إيقاع الفسخ وفق المذهب المالكي انطلاقا من الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 1184 أعلاه، فيجب التأكيد بخصوصه على ما تم الإشارة إليه سابقا بكون الفقه الإسلامي عامة من خلال صياغة فقهه الحديث لنظرية العقد لم يجز للمتعاقد اللجوء إلى الفسخ إلا استثناء، ذلك أن الطريق الذي يسلكه الدائن لحظة عدم وفاء المدين بالتزامه هو مطالبته بالتنفيذ. أما إذا كان هذا التنفيذ غير ممكن كما لو كان المدين غير قادر على الدفع جاز للدائن حينها المطالبة بالفسخ[2].

وفي الحالة التي يمكن فيها اللجوء إلى الفسخ استثناء، يجوز للقاضي أن يوقعه بطلب من صاحبه حينها. وإذا قضى القاضي بالفسخ انحل العقد ووجب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد إن أمكن ذلك وإلا جاز الحكم

[1]- Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.583-585 MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., pp.460-463 ; WERY Patrick, op.cit., pp.590-592.

[2]- وجاء في ذلك تحت عنوان الفسخ باعتباره جزاء لعدم تنفيذ العاقد الآخر التزامه: " لا يجيز الفقه الإسلامي للعاقد أن يطلب الفسخ إذا لم ينفذ العاقد الآخر التزامه، فإذا لم يسلم البائع المبيع أو لم يدفع المشتري الثمن عند حلول الأجل، أجبر العاقد على تنفيذ الالتزام ما دام تنفيذ هـ عينا ممكنا؛ لأن مهمة القاضي هي إيصال ذوي الحقوق إلى حقوقهم، فلا موجب للفسخ.

وتكون القاعدة أن العقد لا يفسخ إذا أخل المدين بالتزامه، بل يبقى العقد قائماً في هذه الحالة، فإذا كان الثمن ديناً أجبر البائع في رأى الحنفية وغيرهم على تسليم المبيع، ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن إن كان حاضرا، وإن كان الثمن غائباً أو بعيداً أو كان المشتري معسراً، فللبائع الفسخ .. "، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج 4، ط 4، ص. 3169

بالتعويض[1]. ذلك أن الحكم بالفسخ يمتد بأثر رجعي في العقود الفورية كما هو حال البيع فيعيد البائع الثمن إلى المشتري، ويعيد المشتري المبيع إلى البائع. أما العقود المستمرة، فيسرى حكم الفسخ فيها على ما تبقى منها في المستقبل لعدم إمكان رجوعه للماضي كما في عقد الإيجار[2].

وانطلاقا من هذه الأحكام التي قررها الفقه الإسلامي الحديث مقابلة للفسخ القضائي المنظم في المادة 1184 ق م ف أعلاه، يلاحظ أن الخيار الممنوح للدائن بين المطالبة بإجبار المدين على التنفيذ أو المطالبة بالفسخ غير متاح في الفقه الإسلامي بالكيفية المتاح بها في نظريه الفقه الفرنسي، والسبب حينها يعود لتضييق الفقه الإسلامي لنظرية الفسخ على النحو السابق ذكره، ذلك أن هذا الأخير يراعي قوة العقد الملزمة في هذا الشأن أكثر من اهتمامه بحل الرابطة العقدية عن طريق الفسخ، إذ لا يمكن الذهاب إلى الفسخ إلا في حالة استحالة التنفيذ العيني مما يقرب هذا الحل للانفساخ من قربه للفسخ. أما إذا قضى بالفسخ حينها انحل العقد بأثر رجعي في العقود الفورية وأثر فوري في العقود المستمرة، وفي هذا الحكم اتفاق كلي بين الفقه المالكي والقانون الفرنسي.

هذا ويجدر الإقرار في ختام موضوع الفسخ القضائي بصواب ما ذهب إليه القانون الفرنسي في فقرتيه الثانية والثالثة من المادة 1184، وهو ما يستلزم أخذ الفقه الإسلامي الحديث به وتبنيه في مجال سلطة القاضي التقديرية في الفسخ مراعاة لمصلحة

---

[1]- مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص. 596، 597.

[2]- ومما جاء في ذلك، " يتخلص مما تقدم أن انحلال العقد تكون نتيجته على أحد شكلين: فتارة يكون مستندا، أي ذا أثر رجعي منسحب على الماضي، فيوجب التراجع فيما نفذ من التزامات العقد. ففسخ البيع بعد تنفيذه يوجب التراد في المبيع والثمن .... وتارة يكون الانحلال مقتصرليس له انعطاف وأثر رجعي، وا إنما يسري حكمه على المستقبل فقط من تاريخ وقوعه. وذلك في العقود الاستمرارية كالشركة والإجارة. فالفسخ أو الانفساخ يقطعان تأثير هذه العقود بالنسبة إلى المستقبل. أما ما مضى فيكون على حكم العقد. وكذلك انحلال الوكالة بالعزل لا ينقض تصرفات الوكيل السابقة"، مصطفى الزرقا، نفس المرجع، ونفس الصفحات.

المتعاقد المقرر له. وفي هذا يقارن الفقيه المعاصر مصطفى الزرقا بين ما ذهبت إليه نظرية العقد من الناحية القانونية – المؤسسة على ما جاء في نص الفقرتين الأخيرتين من المادة 1184 ق م ف – وبين ما ذهب إليه الفقه الإسلامي حسب ما رأيناه أعلاه في هذا الشأن، حيث يذهب[1] إلى صواب الحكم القانوني ووجوب اتباع الفقه الإسلامي المعاصر له لأسباب يتقدمها عدم مخالفته قواعد الشريعة الإسلامية، فضلا عن موافقته لنصوصها التي تتقدمها قاعدة " لا ضرر ولا ضرار "[2].

ويدلل الفقيه مصطفى الزرقا لرأيه بصواب حجة القانون في ما ذهب إليه بقوله: " وحجة علماء القانون في ذلك أن تنفيذ الالتزامات العقدية تختلف فيه مصالح العاقدين بحسب الوقت، فقد تفوت مصلحة العاقد في التنفيذ العيني المتأخر عن وقته، بسبب تخلف العاقد الأخر وامتناعه عن التنفيذ في حينه، فيجب أن يسوغ لرفيقه المتعاقد معه حق التحلل من الرابطة العقدية إذا وجد مصلحته في ذلك. ويتضمن ذلك معنى الجزاء بالنسبة للطرف المتخلف ... " إلى أن قال " وهناك أيضا نصوص في المذهب المالكي يظهر منها أن إعطاء حق الفسخ لأحد العاقدين عند تخلف العاقد الأخر عن تنفيذ التزامه في حينه إن لم تقبله بعض المذاهب ففي سواها وفي قواعد الشريعة الإسلامية متسع له "[3].

لنخلص مما سبق إلى عدم وجود ما يمنع من تبني الفقه الإسلامي الحديث لما ذهب إليه المشرع الفرنسي في الفقرتين الأخيرتين من المادة 1184 أعلاه، بحيث يجعل الفسخ نتيجة مباشرة لعدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه. وهو ما يخوله حينها الخيار بين المطالبة بفسخ الالتزام مباشرة بما لا يحمله خسارة فوات الوقت انتظارا لإثبات

---

[1]– مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص. 599–561.

[2]– لتفصيل تطبيقات قاعدة " لا ضرر ولا ضرار"، راجع، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، المرجع السابق، ص. 165 وما يليها.

[3]– مصطفى الزرقا، نفس المرجع، ونفس الصفحات.

عدم قدرة المدين على الوفاء بالتزامه، أو أن يطالب بإجبار المدين على الوفاء بما يفهم منه أنه غير حريص على فسخ الرابطة العقدية. وفي الوقت الذي يقرر فيه تغليب خيار المطالبة الفسخ، يمتد الخيار حينها أيضا للقاضي الذي يقضي وفق سلطته التقديرية إما بفسخ الالتزام، أو منح المدين مهلة للوفاء.

الفرع الثاني
الفسخ الاتفاقي

قبل البحث في موضوع الفسخ الاتفاقي من خلال موقف القانون المدني الفرنسي منه وما يقابله في الفقه المالكي، جدير بالإشارة إلى أن هذا الفسخ لا يتعلق بالشرط الفاسخ الضمني السابق التعرض له في المادة 1184 ق م ف، ذلك أن هذا الأخير لا يمكن إيقاعه إلا عن طريق القضاء الذي يملك بخصوصه سلطة تقديرية تخوله عدم الحكم به ومنح مهلة للمدين، ولا محل فيه لاتفاق بين المتعاقدين يجبر القاضي على مراعاته حين إعماله للخيار الذي منحته له الفقرة الأخيرة من المادة 1184.

أما ما يقترب من الفسخ الاتفاقي في هذا المجال، فهو ما نص عليه المشرع الفرنسي قبل تنظيميه للشرط الفاسخ الضمني في المادة 1184 أعلاه، حيث نص في مادته 1183 على إمكان تضمين العقد شرطا اتفاقيا صريحا يقضي بفسخ العقد حينما يخل أحد المتعاقدين بالتزامه بقولها " الشرط الفاسخ هو الذي عندما يتحقق يلغي الالتزام ويعيد الأشياء الملتزم بها إلى ذات الحالة التي كانت عليها إذا لم يتم تنفيذ الالتزام ولا يعلق معه تنفيذ الالتزام، بل يجبر الدائن فقط على رد ما قبضه في حالة حصول ما تم الاتفاق عليه في الشرط "[1].

---

[1]- Article 1183 : « La condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé ».

إلا أن المعنى المقصود بالفسخ الاتفاقي مقابلة لنظيره القضائي يشمل احتمالات أكثر من خلال معنى الاشتراط الاتفاقي الصريح المنصوص عليه في المادة 1183 ق م ف، حيث قد يكون الاتفاق أكثر شدة حينما يتفق المتعاقدان على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه عند عدم قيام أحد المتعاقدين بالتزامه[1]، وهو ما يسلب القاضي سلطته التقديرية بما يحتم عليه الحكم بالفسخ دون منح المدين أجل للوفاء، ومثاله في القانون الفرنسي المادة 1657 ق م حينما نصت على اقتران أنواع من البيوع بهذا الشرط مما يخول البائع حق الفسخ دون إعذار رسمي بمجرد حلول الأجل المتفق عليه[2] .

وإضافة إلى ما سبق، نص القانون المدني الفرنسي على حالة للفسخ تتجسد فيها فكرة الفسخ الاتفاقي أكثر ممثلة في إمكانية فسخ العقد لوجود حق متفق عليه سابقا بين البائع والمشتري هو حق البائع في العدول، حيث نظم المشرع الفرنسي هذا البيع تحت مسمى " حق الاسترداد " بداية من المادة 1658 إلى المادة 1673، وجعل هذا الحق من أسباب فسخ العقود من خلال المادة 1658 حينما قال " في غير ما تقدم من أسباب البطلان والفسخ السابق توضيحها من هذا الكتاب، وتلك المشتركة بين سائر أنواع الاتفاقات، يمكن فسخ عقد البيع عن طريق ممارسة حق الاسترداد

Elle ne suspend point l'exécution de l'obligation ; elle oblige seulement le créancier à restituer ce qu'il a reçu, dans le cas où l'événement prévu par la condition arrive ».

[1] – ويعرف هذا الشرط تحت مسمى " La clause de résolution de plein droit "، وللعودة إليه من خلال تطبيقاته القضائية راجع،

Cass. Civ., 1 re, 29 novembre 1965, Bull., n° 660 ; Cass. Civ., 3ème, 18 mars 1970, Bull., n° 220 ; Cass. Civ., 3ème , 9 décembre 1986, n° 85-14.522, www.courdecassation.fr.

[2] – Article 1657: « En matière de vente de denrées et effets mobiliers, la résolution de la vente aura lieu de plein droit et sans sommation, au profit du vendeur, après l'expiration du terme convenu pour le retirement ».

وعندما يكون البيع قد تم بثمن بخس"[1].

وبالرجوع إلى النصوص المنظمة لهذا النوع من الفسخ الاتفاقي بين البائع والمشتري، نجد المشرع الفرنسي عرفه في المادة 1659 ق م [2] حينما اعتبر حق الاسترداد أو إعادة الشراء[3] اتفاق يحق للبائع من خلاله أن يشتري ما باعه برد الثمن الذي اشتراه به للمشتري وكل المصاريف التي تعلق بهذا البيع المذكورة في المادة 1673، ليجعل أقصى حد لاشتراطه وإمكانية ممارسته هو خمس سنوات كما جاء في المادة 1660 ق م، فإذا كانت المدة المشترطة فيه أكبر من ذلك أُلغي الزائد منها وأعيدت للسنوات الخمس[4].

أما المادة 1661 ق م ف فقد أكدت على ضرورة احترام القاضي للأجل المتفق عليه لممارسة حق الاسترداد، وعدم قدرته على تمديده بما يخالف المدة المتفق عليها مسبقا[5]، مع تنبيه البائع إلى أن إهماله ممارسة هذا الحق في الأجل المتفق عليه يسقطه

---

[1]– Article 1658: « Indépendamment des causes de nullité ou de résolution déjà expliquées dans ce titre, et de celles qui sont communes à toutes les conventions, le contrat de vente peut être résolu par l'exercice de la faculté de rachat et par la vileté du prix ».

[2] – Article 1659: « La faculté de rachat ou de réméré est un pacte par lequel le vendeur se réserve de reprendre la chose vendue, moyennant la restitution du prix principal et le remboursement dont il est parlé à l'article 1673 ».

[3]– يعرف هذا النوع من البيوع تحت مسمى " La vente à réméré ou vente avec faculté de rachat "، ولتفصيل نظامه القانوني من خلال مواده في القانون المدني الفرنسي أعلاه، وممارسة الدعوى المتعلقة به راجع، DELECOURT Benoist, Les contrats civils appliques aux actions, Thèse Doctorat, Droit Privé, Université Lille II, 2010, France, pp.66-83

[4] – Article 1660: « La faculté de rachat ne peut être stipulée pour un terme excédant cinq années. Si elle a été stipulée pour un terme plus long, elle est réduite à ce terme ».

[5] – Article 1661: « Le terme fixé est de rigueur et ne peut être prolongé par le juge ».

حق ممارسته بعد انتهاء أجله كما جاء في المادة 1662 ق م ف[1]. لتنص المادة 1663 من ذات القانون[2] على ضرورة احترام هذا الأجل من طرف الكل حتى في مواجهة القاصر، ما لم يتعلق طعنه بهذا الحق في حد ذاته [3].

وانطلاقا مما سبق، يمكن القول إن القانون المدني الفرنسي نظم الفسخ الاتفاقي من خلال اتفاق الطرفين على الفسخ إذا أخل أحدهما بالتزامه وفق الشرط الفاسخ المنصوص عليه في المادة 1183 وما يتقبله من احتمالات تمكن من امتداد هذا الاتفاق إلى ما بعد العقد لحظة وقوع الإخلال بالالتزام. أما الطائفة الثانية مما يصنف ضمن الاتفاقات الفسخية في هذا الشأن فهي فسخ العقد لوجود حق استرداد متفق عليه مسبقا وفق ما جاء في المواد 1658 إلى المادة 1673 ق م ف.

وعليه، نبحث ما يقابل ذلك في الفقه المالكي من خلال الفسخ الاتفاقي المؤسس على الشرط الفاسخ الصريح (أولا)، ثم الفسخ الاتفاقي المؤسس على حق الاسترداد (ثانيا):

---

[1] – Article 1662: « Faute par le vendeur d'avoir exercé son action de réméré dans le terme prescrit, l'acquéreur demeure propriétaire irrévocable ».

[2] – Article 1663 : « Le délai court contre toutes personnes, même contre le mineur, sauf, s'il y a lieu, le recours contre qui de droit ».

[3]– لتنص بقية المواد (من 1664 إلى 1673 ق م ف) على بقية أحكام هذا البيع على النحو التالي: انتقال هذا الحق في حالة تعلق البيع بعقار باعه المشتري أثناء الأجل لمشتر ثان، مما يخول البائع الأول ممارسة هذا الحق في مواجهة المشتري الثاني ولو لم يتفق معه على اشتراط هذا الحق في البيع الثاني (م 1664)، انتقال كل الحقوق المترتبة على هذا البيع إلى المشتري رغم اتفاقهما على حق الاسترداد (م 1665)، حق المشتري في تأخر التنفيذ على المبيع في حالة وجود ديون على البائع، وذلك باستيفاء ديونهم من بقية أموال البائع أولا (م 1666)، تعلق البيع بأموال مشاعة (المواد 1667، 1668 ،1669، 1670، 1671، 1672)، رد البائع للثمن مع كل المصاريف التي تعلقت بالمبيع في حالة الاسترداد (م 1673).

أولا: الفسخ الاتفاقي المؤسس على الشرط الفاسخ الصريح في الفقه المالكي:

ما تجدر الإشارة إليه بداية في هذا المجال، أن الفقه المالكي شأنه شأن الفقه الإسلامي عامة[1] عرف خيار النقد[2] وفق ما يتماثل مع المبدأ الذي نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 1183 ق م تحت نطاق الشرط الفاسخ الصريح بقوله: " الشرط الفاسخ هو الذي عندما يتحقق يلغي الالتزام ويعيد الأشياء الملتزم بها إلى ذات الحالة التي كانت عليها إذا لم يتم تنفيذ الالتزام ... "[3].

ويتمثل خيار النقد عند المالكية في حق يشترطه العاقد للتمكن من الفسخ عند عدم نقد البدل من الطرف الآخر، ومثاله قول البائع للمشتري بعتك لوقت كذا، أو على أن تأتيني بالثمن في وقت كذا، فإن لم تأت به في ذلك الوقت فلا بيع بيننا. حيث يصح الشرط في قول ينسب لمالك [4] وفق ما يقترب من فكرة الشرط الفاسخ الصريح أعلاه، ويتطابق أكثر مع ما أكد عليه المشرع الفرنسي في المادة 1656 ق م حينما ضمنها النموذج الأبرز للشرط الصريح الفاسخ المتعلق ببيع العقار، إذ نصت

[1]- أنظر في تفصيله وتطبيقاته في الفقه الإسلامي، محمد نجدات المحمد، خيار النقد في الفقه الإسلامي وتطبيقاته الاقتصادية المعاصرة مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية، 2013، العدد الأول، ص. 383-410.

[2]- " هو خيار إراد ي يثبت بالاشتراط من أحد المتعاقدين أو كليهما،و عند الاشتراط يمكن إمضاء عقد البيع أو فسخه لا بالفسخ المجرد كما هو الحال في خيار الشرط، بل بماج ُعل أمارة على الفسخ وهو عدم النقد.. "، محمد نجدات المحمد، نفس المرجع، ص. 386.

[3]- لنصها الأصلي راجع، الصفحة 297 من هذه الدراسة.

[4]- وهو قول لمالك جاء بخصوصه " صورتها كما قال بعضهم أن يقول البائع بعتك بكذا لوقت كذا وعلى أن تأتيني بالثمن في وقت كذا فإن لم تأت به في ذلك الوقت فلا بيع بيننا مستمر قال في توضيحه ذكر ابن لبابة عن مالك في هذه المسألة ثلاثة أقوال ..." إلى أن قال " صحتهما (أي البيع والشرط) وفسخ البيع ... "، وكذلك قوله " .. (ويكون الثمن إلخ) قال عياض على هذا حمل أكثرهم المدونة وا ِن كان ظاهرها أن المشتري يجبر على نقد الثمن في الحال والحاصل أن الثمن يكون مؤجلا للأجل المذكور فلا يطالب المشتري به قبل الأجل فإذا جاء الأجل ولم يأت به طولب به ولا يفسخ البيع إذ لم يأت به فيه .."، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير على مختصر خليل، المرجع السابق، ج3، ص. 175، 176.

المادة على إدراج شرط فسخ البيع إذا لم يف المشتري بالثمن عند حلول أجله وطالب البائع رسميا بالوفاء، ذلك أن المشتري يستطيع الدفع حتى بعد حلول الأجل و لم يطالبه البائع بالوفاء بإعذار رسمي، ولكن في اللحظة التي يطلب فيها البائع بذلك لا يمكن للقاضي أن يعطي للمدين أجلا غير الأجل الأول المنقضي[1].

أما أوسع تطبيق للفسخ الاتفاقي في الفقه المالكي[2] شأنه شأن الفقه الإسلامي عامة[3]، فهو ما يعرف بالإقالة، وهي حل العقد بتراضي الطرفين، إذا ندم أحدهما وأراد الرجوع عن العقد، بحيث يرد المشتري المبيع لبائعة بالثمن[4]. هذا وجدير بالإشارة هنا إلى عدم تعلق الإقالة بالزام، إذ هي مندوب من أعمال المعروف إذا ندم أحدهما على العقد وطلب الإقالة استحب للآخر أن يقيله لقوله صلّى الله عليه وسلم:" من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة"[5].

ويذهب المالكية[6] إلى اعتبار الإقالة إنشاء عقد بيع جديد، مما يشترط فيها ما يشترط في البيع ويمنعها ما يمنعه. ولهذا جازت بمثل الثمن الذي كان عليه المبيع في

---

[1]- Article 1656: «S'il a été stipulé lors de la vente d'immeubles que, faute du paiement du prix dans le terme convenu, la vente serait résolue de plein droit, l'acquéreur peut néanmoins payer après l'expiration du délai, tant qu'il n'a pas été mis en demeure par une sommation ; mais, après cette sommation, le juge ne peut pas lui accorder ce délai».

[2]- راجع في الإقالة من المذهب المالكي، مالك بن انس الأصبحي، المدونة، ج3، المرجع السابق، ص. 116 وما يليها؛ ابن جزي، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص. 179؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير على مختصر خليل، المرجع السابق، ج3، ص. 154 وما يليها؛ الصادق عبد الرحمان الغرياني، المعاملات في الفقه المالكي، المرجع السابق، ص. 173، 174.

[3]- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ط 4، ج4، ص. 3779- 3784.

[4]- ومما جاء في ذلك أيضا من المذهب المالكي " الإقالة ترك المبيع لبائعه بثمنه، وأكثر استعمالها قبل قبض المبيع وهي رخصة وعزيمة. الأولى فيما يمتنع بيعه قبل قبضه ولا تجوز الإقالة من البعض .."، أبو عبد الله المواق المالكي، المرجع السابق، ج6، ص. 424.

[5]- المسند الجامع، المرجع السابق، ج17، ص.553.

[6]- الصادق عبد الرحمان الغرياني، نفس المرجع، ص. 173.

البيع الأول. كما تجوز بأقل أو أكثر لأنها إيجاب وقبول يبنى على تراض جديد. إلا أنهم استثنوا ثلاث حالات[1] لا تعتبر فيها الإقالة عقدا جديد بل تعد فسخا للعقد الأول هي :

I– بيع الطعام قبل قبضه:

إذ تعتبر الإقالة في بيع الطعام قبل القبض فسخا لا عقدا جديدا مما يجعل أحكام الإقالة هنا هي ذات أحكام العقد الأول حيث لا تجوز إلا بنفس الثمن الأول دون زيادة أو نقصان، وتمتد لجميع المبيع دون جزء عن الآخر. ولذلك لزم البيع هنا بعض القبض.

II– الشفعة:

حيث لا تلغي الإقالة الشفعة، فمن باع نصيبه من عقار مشترك، ثم عاد إليه بالإقالة، وأراد الشريك الأخذ بالشفعة حينها، ثبتت الشفعة للشريك بالإقالة، إذ يأخذ العقار بثمن البيع الأول لا بتراض جديد.

III– المرابحة:

وهي البيع بزيادة على الثمن الأول، فمن باع بمرابحة، ثم تقايل مع المشتري، فلا يجوز له أن يبيعها مرابحة على الثمن الذي وقعت الإقالة به إذا وقعت بزيادة.

---

[1]– " والإقالة بيع إلا في الطعام والشفعة والمرابحة .. يعني أن الإقالة بيع يشترط فيها ما يشترط فيه، ويمنعها ما يمنعه إلا في مسائل، الأولى في الطعام قبل قبضه فليس لها حكم البيع بل هي فيه حل بيع فلذا جاز لمن اشترى طعاما من آخر أن يقبل منه بائعه قبل قبضه، الثانية في الشفعة فليست فيها بيعا ولا حل بيع بل هي باطلة فمن باع شقصا ثم أقال مشتريه منه لا يعتد بها، والشفعة ثابتة، وعهدة الشفيع على المشتري، الثالثة في المرابحة فالإقالة فيها حل بيع فمن اشترى سلعة بعشرة وباعها بخمسة عشر ثم أقال منها لم يبعها ثانيا إلا على عشرة. وإن باع على الخمسة عشر بين ابن عرفة الإقالة فيلمرابحة بيع، وإنما وجب التبيين لأن المبتاع قد يكره ذلك .." الخرشي المالكي، المرجع السابق، ج5، ص. 166، 167؛ وفي نفس المعنى راجع، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير على مختصر خليل، المرجع السابق، ج3، ص. 155.

وعلى ذلك يلاحظ أن حل العقد في الإقالة يأخذ أقصى درجات الفسخ الاتفاقي مقابلة للقانون الفرنسي أعلاه، حيث لا يشترط في الإقالة وجود شرط متفق عليه بداية، بل تحدث بعد العقد برضا المتعاقدين عليها، وفي ذلك احتراما لحريتهم في فسخ العقد احترام حريتهم في بناءه بداية.

ثانيا: الفسخ الاتفاقي المؤسس على حق الاسترداد في الفقه المالكي:

من خلال المواد 1658 إلى 1673 المنظمة لما اعتبره المشرع الفرنسي في قانونه المدني فسخا لوجود حق الاسترداد مثلما رأينا أعلاه، يلحظ بالبحث عما يقابل هذا البيع في الفقه المالكي[1] أن الأخير يعرفه تحت مسمى " بيع الثنيا "[2]، وإن كان معروفا في غيره من المذاهب بغير هذا الاسم[3].

أما المقصود بهذا النوع من العقود في المذهب المالكي، فهو البيع بشرط أن البائع متى رد الثمن، رد المشتري المبيع إليه[4]، ومرتبته من حيث الحكم عند المالكية هي

[1]- راجعتحت عنوان " فصل في بيع الثُّنيا"، أبوعبد الله محمد بن علي بن عمر التَّمِيمي المازري المالكي، شرح التلقين، ج2 دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 2008، ص 386 وما يليها؛ وفي نفس البيع من المذهب المالكي أيضا، الحطاب الرعيني المالكي، المرجع السابق، ج4، ص. 373؛ الخرشي المالكي، المرجع السابق، ج5، ص.86؛ ابن رشد القرطبي، البيان والتحصيل، المرجع السابق، ج7، ص. 336؛ الصادق عبد الرحمان الغرياني، المعاملات في الفقه المالكي، المرجع السابق، ص. 275، 276.

[2]-" الثنيا والثنوى: ما استثنيته، قلبت ياؤه واوا للتصريف وتعويض الواو من كثرة دخول الياء عليها، والفرق أيضا بين الاسم والصفة. والثنيا المنهي عنها في البيع: أن يستثنى منه شيء مجهول فيفسد البيع، وذلك إذا باع جزورا بثمن معلوم واستثنى رأسه وأطرافه .."، ابن منظور، ج 14، المرجع السابق، ص. 125

[3]- يسمى في المذهب الحنفي " بيع المعاملة، و" بيع العهدة " في المذهب الشافعي، أما الحنابلة فيعرفوه باسم " بيع الأمانة "، مع وجود أسماء أخرى له كـ " بيع الطاعة "، و" بيع الجائز "، الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج9، ص. 9، 260.

[4]- الصادق عبد الرحمن الغرياني، المعاملات في الفقه المالكي، المرجع السابق، ص. 275.

الفساد[1] لمعارضته استقرار المبيع في يد المشتري على سبيل الدوام، ذلك أن اشتراط البائع رد المبيع إذا رد الثمن يخالف مقتضى البيع وحكمه .

ثم وإن قال المالكية بفساد هذا العقد لتعلق شرط فاسد به مما يحوله إلى سلف حينما يرد البائع الثمن ويأخذ سلعته فيكون ما قبضه قد تحول إلى سلف أرجعه صاحبه إليه، يقول المالكية بزوال فساد هذا النوع من العقود إذا تطوع المشتري بقبول إرجاع المبيع للبائع إذا أتاه بالثمن بما يكون في حكم فسخ العقد الأول وإنشاء عقد جديد[2]، مع التنويه إلى اختلاف الفقه الإسلامي عامة[3] بخصوصه هذا البيع، وإن قال

---

[1]- عليش أبو عبد الله المالكي، ج5، المرجع السابق، ص. 52؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير على مختصر خليل، المرجع السابق، ج3، ص. 71؛ ابن رشد القرطبي، البيان والتحصيل، المرجع السابق، ج7، ص. 336

[2]- وفي ذلك جاء " ومن الشروط المناقضة بيع الثنيا وهو من البيوع الفاسدة قال في كتاب بيوع الآجال من المدونة: ومن ابتاع سلعة على أن البائع متى ما رد الثمن فالسلعة له لم يجز ذلك؛ لأنه بيع وسلف قال سحنون بل سلف جر منفعة اهـ. قال أبو الحسن هذا الذي يسمى بيع الثنيا واختلف إذا نزل هل يتلافى بالصحة كالبيع والسلف أو لا على قولين اهـ. يعني إذا أسقط الشرط قال الرجراجي واختلف إذا أسقط مشترط الثنيا شرطه هل يجوز البيع أم لا على قولين، أحدهما أن البيع باطل والشرط باطل وهو المشهور، والثاني أن البيع جائز إذا أسقط شرطه وهو قول مالك في كتاب محمد يريد إذا رضي المشتري وقال الشيخ أبو محمد وقد فسخا الأول. وقال أبو الحسن معنى قوله في المدونة بيع وسلف أنه تارة يكون بيعا وتارة يكون سلفا لا أنه يكون له حكم البيع والسلف في الفوات بل فيه القيمة ما بلغت إذا فاتت السلعة اهـ. وقال في معين الحكام قبل فصل الخيار بيسير ولا يجوز بيع الثنيا و هو أن يقول أبيعك هذا الملك أو هذه السلعة على أني إن أتيتك بالثمن إلى مدة كذا أو متى ما أتيتك فالبيع مصروف عني ويفسخ ذلك ما لم يفت بيد المبتاع فيلزمه القيمة يوم قبضه ... "، الحطاب الرعيني المالكي، المرجع السابق، ج4، ص. 373.

[3]- خصه مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة 1992م بمحور من محاور أبحاثه، حيث قدم فيه المشاركون حوالي 12 بحثا وخلصوا بعد مناقشة البحوث إلى عدم جوازه، ومما جاء في القرار: " إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 7 إلى 12 ذو القعدة 1412هـ الموافق 9 - 14 مايو 1992م.

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع: (بيع الوفاء) .وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حول بيع الوفاء، وحقيقته: (بيع المال بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري إليه المبيع) .

قرر: 1- إن حقيقة هذا البيع (قرض جر نفعا) فهو تحايل على الربا، وبعدم صحته قال جمهور العلماء. 2- يرى المجمع أن هذا العقد غير جائز شرعاً. والله أعلم."، مجموعة أبحاث عن بيع الوفاء (الثنيا)، مجلة مجمع

البعض[1] بجوازه لحاجة الناس إليه وتعاملهم به، مع ربط البعض الأخر[2] بينه وبين عقد الرهن، مما يجعله عقدا جديدا تتداخل أحكامه بين الصحة وعدم الجواز.

هذا وما يلاحظ بخصوص بيع الثنيا مقارنة بما سماه القانون المدني الفرنسي الفسخ لحق الاسترداد كما اتضح سابقا، أن قانون الالتزامات والعقود المغربي نظم هذا العقد تحت مسمى بيع الثنيا[3] وفق تسميته في الفقه المالكي أعلاه، حيث عرفه في المادة 585 على أنه " البيع مع الترخيص للبائع في استرداد المبيع، أو بيع الثُّنْيَا، هو

الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، تصدر عن منظمة المؤتمر الاسلامي بجدة، ع 7، ص. 1138-1516.

[1]- " وحجة من قال بهذا القول: احتياج الناس إلى التعامل ببيع الوفاء، والقاعدة الفقهية أن القواعد تترك بالتعامل، وعملاً بهذه القاعدة جاز الاستصناع، ولو طبقنا قاعدة امتناع بيع المعدوم لما أبيح، و (ما ضاق على الناس أمر إلا اتسع) "، محيي الدين قاد ي، نفس المرجع، ص. 1368.

[2]- ومما جاء في ذلك " إن العلاقة بين عقد بيع الوفاء وبين عقد الرهن وثيقة جدا إلى درجة أن بيع الوفاء في أول ظهوره وتعامل الناس به في القرن الخامس الهجري في مدينة بلخ كان يسميه بعض الناسرهن ًا، وكان فقهاء العصر بعضهم يعتبره رهن ًا من كل وجه ويطبق فيه أحكام الرهن كاملة، وبعضهم يعتبره بيع ًا فاسد ًا بسبب اشتراط شرط مفسد فيه هو أن البائع متى أعاد الثمن إلى المشتري فإن المشتري يلتزم بإعادة المبيع إليه. والواقع أ ن هذا الشرط هو عماد الخيمة في بيعلوفاء، فلولا هذا الشرط لكان العقد بيع ًا من كل وجه، وبهذا الشرط أصبح يشبه الرهن شبه ًا قويًّا إلى درجة أن الناس يسمونه رهن ًا، فهذا الشرط هو أساس التمييز بينه وبين البيع المطلق الصحيح، وأساس الشبه بينه وبين الرهن، وأساس استقرار رأي فقهاء الحنفية في نهاية المطاف بعد فترة من الاختلاف على أنه عقد جديد، ليس بيع ًا صحيح ًا من كل وجه، ولا بيع ًا فاسد ًا من كل وجه، ولا رهن ًا من كل وجه، ولكنه عقد فيه شبه بالبيع المطلق الصحيح، وشبه بالبيع الفاسد، وشبه بالرهن، فقرروا إعطاءه حكما مركبا من بعض أحكام كل واحد من هذه العقود الثلاثة:

- فأعطى من أحكام البيع المطلق الصحيح أن للمشتري حق الانتفاع به واستغلاله دون حاجة إلى إذن البائع بل حكم ًا بمقتضى العقد.

- وأعطى من أحكام البيع الفاسد أن لكل من الطرفين أن يفسخه متى شاء ويطلب استرداد ما قد أعطى، ولو قبل الأجل لو كانا اتفقا فيه على أجل للتراد.

- وأعطى من أحكام الرهن أنه لا يجوز للمشتري بيعه لأن شرط رده على البائع متى أعاد له الثمن الذي أخذه منه يقطع إمكان تنفيذه إذا كان للمشتري حق التصرف فيه بإخراجه عن ملكه"، محيي الدين قاد ي، نفس المرجع، ص. 1139.

[3]- أنظر قانون الالتزامات والعقود المغربي، الباب الثالث "في بعض الأنواع الخاصة من البيوع"، الفرع الأول " بيع الثنيا"، الفصول (أي المواد) من 585 إلى 600.

الذي يلتزم المشتري بمقتضاه، بعد تمام انعقاده، بأن يرجع المبيع للبائع في مقابل رد الثمن. ويسوغ أن يرد بيع الثُّنْيَا على الأشياء المنقولة أو العقارية"[1].

أما المدة التي وضعها القانون المغربي كحد أقصى لاشتراط ممارسة الاسترداد فهي ثلاثة سنوات[2] لا يحق للقاضي تمديدها ولو كان عدم مباشرة البائع للاسترداد يعود لسبب أجنبي عنه[3] مع اتفاق جل بقية الأحكام[4] المنضوية تحت هذا البيع في قانون الالتزامات والعقود المغربي مع ما جاء به القانون المدني الفرنسي في المواد 1658 إلى 1673 أعلاه .

لنخلص مما سبق إلى توافق القانون المدني الفرنسي والفقه المالكي في حكم الشرط الفاسخ الصريح أو ما سماه المالكية خيار النقد. أما التوسع في اشتراطه بما يسمى عند المالكية بالفسخ الاتفاقي بالإقالة، فهو بسبب اخراج المالكية والفقه

---

[1]- ذلك أن القانون المغربي فرق فيه بين بيوع عقارية نظمها من خلال قانون الالتزامات والعقود كما هو الحال في البيوع العقارية الثابتة بملكية رسمية، وأخرى أحال تطبيقها إلى أحكام الفقه الإسلامي كما لو تعلق البيع ببيع المنقولات، وأنظر في ذلك من خلال تنظيم القانون المغربي لبيع الثنيا، أمينة النعيمي، أحكام الشرط في القانون المغربي على ضوء الفقه والعمل القضائي، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالدار البيضاء، المغرب، 2007، ص. 122-126.

[2]- الفصل 586 من قانون الالتزامات والعقود المغربي: لا يسوغ أن تشترط رخصة الاسترداد لمدة تتجاوز ثلاث سنوات. فإن اشترطت لمدة أطول من هذا القدر، ردت إليه.

[3]- الفصل 587 من قانون الالتزامات والعقود المغربي: الأجل المحدد للاسترداد قاطع، فلا يجوز للقاضي تمديده ولو كان عدم تمكن البائع من مباشرة رخصة الاسترداد راجعا إلى سبب خارج عن إرادته. إلا أنه إذا كان عدم تمكن البائع من مباشرة رخصة الاسترداد راجعا إلى خطأ المشتري، فإن فوات الأجل المحدد لا يمنع البائع من مباشرة حقه.

[4]- وهي الأحكام الواردة في الفصول 588 إلى 590 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، ومنها حق المشتري في الاستفادة من كل الحقوق المترتبة على البيع رغم تضمينه حق استرداد (الفصل 588 المقابل للمادة 1665 ق م ف)، انتقال الحق إلى الورثة بوفاة البائع دون ممارسته حق الاسترداد وعدم انتهاء الأجل (الفصل 592، 593 المقابل للمواد 1997 إلى 1972 من ق م ف)، مباشرة البائع لدعوى الاسترداد ضد المشتري الثاني (الفصل 595 المقابل للمادة 1664 ق م ف)، رد البائع للثمن مع جميع المصاريف المتعلقة بالبيع والمبيع عند استفادته من الاسترداد (الفصل 596 المقابل للمادة 1973).

الاسلامي عامة لهذا التصرف من دائرة الالتزام حينما يندم أحد المتعاقدين على العقد؛ فيقيله الآخر طواعية بما يتضمن إنشاء عقد جديد هو الإقالة، أو حل الرابطة العقدية بالتوافق الذي قبل به الطرف الثاني بملء إرادته دون إجبار أو إلزامه بالقبول.

أما الفسخ المؤسس على حق الاسترداد، فهو بعينه بيع الثنيا عند الفقه المالكي، ذلك أن هذا الأخير وإن قال بفساده إلا أن تنظيم القانون المدني الفرنسي له يكاد يكون مطابقا لفكرته في الفقه المالكي، وهو ما تجسد أكثر في تطابق أحكامه التفصيلية بين قانون الالتزامات والعقود المغربي والقانون المدني الفرنسي، مما يحيلنا للبحث عن مدى وجود هذا التوافق في آخر نوع من أنواع الفسخ؛ ممثلا في حل العقد بقوة القانون، أو حكم بحكم الشرع في الفقه المالكي، وفق معنى الانفساخ.

الفرع الثالث
الانفساخ

حيث نتعرض له من خلال تنظيم القانون المدني الفرنسي له (أولا)، ثم عقد مقارنة لما يقابل ذلك في الفقه المالكي (ثانيا).

أولا: الانفساخ في القانون المدني الفرنسي:

تقدم سابقا عند التعرض للمسؤولية العقدية أن قوام المسؤولية يحتم ضرورة توفر خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، حيث تنفي هذه العلاقة السببية بوجود سبب أجنبي لا يعود للمدين يتحقق أكثرها فيما يعرف بالقوة القاهرة[1]، إذ أن تعلق هذه الأخيرة بالالتزام تجعله منحلا بقوة القانون وفق ما يعرف بالانفساخ.

[1]- راجع الصفحة 262، 263 من هذه الدراسة.

وانطلاقا من ذلك، نظم القانون المدني الفرنسي موضوع انفساخ العقد كمبدأ ينطبق على كل أنواع العقود كما جاء في المادة 1147، حيث نصت على أن المدين لا يكون مسؤولا إذا كان عدم تنفيذ التزامه راجعا لسبب أجنبي غير منسوب إليه إضافة لعدم وجود سوء نية في جانبه[1].

أما المادة 1148 منه، فنظمت أهم نموذج لهذا السبب الأجنبي حينما قالت بانتفاء مسؤولية المدين عن التعويض إذا تمثل السبب الأجنبي الذي جعله لا ينفذ التزامه في القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، حيث درج الفقه الفرنسي[2] على اعتبار هذه المادة أساس الانفساخ والميدان الخصب لبحث تطبيقات حل العقد للقوة القاهرة. مع التنويه إلى أن عدم تفرقته بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ شأنه شأن القضاء[3] لكون التعبيرين من المرادفات التي تنتج أثرا واحدا هو انفساخ العقد.

ولعدم إمكان حصر القوة القاهرة في تصور بعينه ومن ثمة القول بانفساخ العقد لتعلق الحادث بصورة من صورها الحصرية، وضع الفقه الفرنسي شروطا تقليدية ثلاثة[4] يجب أن تتوفر في كل حادث ليعتبر قوة قاهرة، ألا وهي عدم إمكان دفعه، وعدم توقع الحادث، وألا يكون راجعا لسبب منسوب للمدين.

---

[1] – DIESSE François, Les applications de l'article 1147 du Code civil de 1804 à 2004 Revue générale de droit, v. 34, n° 3, 2004, pp.431-472, www.erudit.org.

[2] – Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.513-518 ; MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, op.cit., pp.510-512.

[3] – راجع فيها، الصفحة 262 من هذه الدراسة.

[4] - Cf. MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, op.cit., pp.511-512 ;

آلان بينابنت، المرجع السابق، ص. 251، 252

I- استحالة الدفع:

وهو ما يقترب من تعبير القوة القاهرة أكثر بحيث يستحيل مقاومتها استحالة مطلقة لا استحالة نسبية، فتكون الاستحالة مطلقة حينما لا يمكن دفعها من جميع الناس لا بالنسبة للمتعاقد الذي كان تنفيذ الالتزام بالنسبة إليه مستحيلا، وهو ما يخرج مفهوم الالتزام المرهق من معنى الاستحالة المطلقة، ومثاله المقاول الذي يصطدم بباطن أرض تستلزم أساسات أكثر مما كان يتوقعه في المعتاد من المباني. على أن الاجتهاد القضائي الحديث اختلف حول شدة الاستحالة المطلقة ومن ثمة حول مدى اعتبار بعض الحالات[1] مما يدخل في مفهوم القوة القاهرة، ومثالها المرض[2] غير قابل للمقاومة، والإضراب[3] والبطالة التي تعدم مصدر التربح.

II- عدم التوقع:

ويكون عدم التوقع بسبب فجائية الحادث، أما إذا كان من النوع المتوقع زال معه إمكان الوصف بالقوة القاهرة. مع الإشارة إلى أنه في الوقت الذي مزج فيه الاجتهاد القضائي بين عدم التوقع وعدم القدرة على الدفع من خلال عدم التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي كما رأينا في موضوع نفي العلاقة السببية بالقوة القاهرة[4]، نجد محكمة النقض الفرنسية قد قالت بضرورة الفصل بينهما بما يستوجب

---

[1] – Cass., 1re Civ., 24 janvier 1995, Bull., n° 54 ; 11 juin 1996, Bull., n° 242 ; Chambre mixte, 4 février 1983, Bull., n° 1 et 2 ; Cass., Com., 8 mars 1983, Bull., n° 99 ; Cass., Soc., 11 janvier 2000, Bull., n° 16, www.courdecassation.fr.

[2] – Cf. NOGUERO David, La maladie du débiteur cas de force majeure, Recueil Dalloz 2006, p.1566, actu.dalloz-etudiant.fr.

[3] – Cf. MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, op.cit., pp.513-514.

[4]– راجع الصفحة 262 و263 من هذه الدراسة.

توفرهما معا في الحادث حتى يعتبر قوة قاهرة[1].

III- ألا يكون الحادث راجعا لسبب منسوب للمدين:

وهو ما يعرف بالسبب الأجنبي عن المدين[2] وفق للعبارة التي جاءت في المادة 1147 ق م ف أعلاه بقولها " لا يكون المدين مسؤولا إذا كان عدم تنفيذه لالتزامه راجعا إلى سبب خارجي ليس منسوبا إليه ". ذلك أنه متى ثبت أن الاستحالة ترجع لسبب له علاقة بالمدين قامت مسؤولية حينها والتزم بالتعويض لتعذر التنفيذ، ومثالها انتفاء مسؤولية الناقل البري للأشخاص بسبب أن الخطأ كان بسبب إهمال المضرور[3]. ومثالها كذلك نص المادة 1138 ق م[4] التي تجعل المالك سببا في ضمان تلف المبيع للقوة القاهرة بسبب تأخره في التسليم. والفقرة الثانية من المادة 1302 من نفس القانون[5] التي تنص على تلف العين محل الدين في يد المدين بقوة قاهرة، حيث لا

1- Cass. Civ., 2ème, 2 avril 2009, 07-22.005, www.legifrance.gouv.fr.

2- Cass. Soc., 16 mai 2012, 10-17.726, www.legifrance.gouv.fr.

3- VINCY Geneviève, La responsabilité du transporteur terrestre de personnes en cas de faute de la victime, Recueil Dalloz, 2008, p.1582, actu.dalloz-etudiant.fr.

4- Article 1138: « L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes.

Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer ; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier ».

5- Article 1302: « Lorsque le corps certain et déterminé qui était l'objet de l'obligation vient à périr, est mis hors du commerce, ou se perd de manière qu'on en ignore absolument l'existence, l'obligation est éteinte si la chose a péri ou a été perdue sans la faute du débiteur et avant qu'il fût en demeure.

Lors même que le débiteur est en demeure, et s'il ne s'est pas chargé des cas fortuits, l'obligation est éteinte dans le cas où la chose fût également périe chez le créancier si elle lui eût été livrée.

Le débiteur est tenu de prouver le cas fortuit qu'il allègue.

يسأل المدين عن تلفها الذي لا يد له في حدوثه، ما لم يكن الدائن قد طلبها وقت استحقاقها وتأخر المدين عن التسليم مماطلة .

أما في الحالة التي تتوفر فيها الشروط الثلاثة السابقة، زال العقد لزوال قوته الملزمة تبعا لعدم إمكانه إلزام أحد بالمستحيل، وحينها ينفسخ بقوة القانون دونما حاجة لحكم قضائي يقضي بانحلاله، ويعاد المتعاقدين للحالة التي كانا عليها قبل التعاقد[1]. مع التنويه هنا بتعلق الاستحالة بالعقد كله لا بجزء منه، إذ أن المادة 1722 ق م ف تنص على هذه الحالة الأخيرة بقولها " إذا حصل أثناء مدة الإيجار هلاك أتلف العين المؤجرة جميعها انفسخ العقد تلقائيا، أما إذا تعلق الهلاك بجزء منها فقط، خُير المستأجر حسب الظروف بين تخفيض الأجرة أو فسخ الإيجار، وفي كلتا الحالتين ليس هناك محل للتعويض"[2].

أما ما يمكن التنبيه إليه أخير في مجال أثر الانفساخ وفق تنظيم القانون المدني الفرنسي له، فهو ما نظمه فقه هذا الأخير تحت مسمى " نظرية تحمل التبعة "[3]، ذلك أن انفساخ العقد بقوة قاهرة يبرز إشكالية حتمية ممثلة في الطرف الذي يتحمل تبعة

De quelque manière que la chose volée ait péri ou ait été perdue, sa perte ne dispense pas celui qui l'a soustraite, de la restitution du prix ».

[1] – Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.517-518 ; Cass. Civ., 1 re, 8 mars 2012, n° 10-25.913, www.legifrance.gouv.fr.

[2] –Article 1722: « Si, pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit ; si elle n'est détruite qu'en partie, le preneur peut, suivant les circonstances, demander ou une diminution du prix, ou la résiliation même du bail. Dans l'un et l'autre cas, il n'y a lieu à aucun dédommagement ».

[3]– Cf. MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, op.cit., pp.473-476 ; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.561-565 ;
آلان بينابنت، المرجع السابق، ص. 258.

الهلاك ، إذ أن فكرة الانفساخ تستلزم إعفاء المدين من التزامه لوجود سبب لا يد له في حدوثه ؟

وللإجابة على هذا التساؤل قال الفقه الفرنسي بنظرية تحمل التبعة، ومن خلالها نكون إما أمام مبدأ عام، أو استثناء يرد عليه.

أما المبدأ العام فيتمثل في تحمل المدين تبعة الهلاك في انفساخ العقد للقوة القاهرة متى كان العقد ملزما لجانبين، ذلك أن انفساخ هذا النوع من العقود يجعل المدين غير قادر على مطالبة الدائن بتنفيذ الالتزام المقابل، وهو ما يجعله يتحمل الخسارة وفق مبدأ تحمل المدين لتبعة القوة القاهرة، إضافة إلى أن المدين هنا هو من لم يقم بتنفيذ الالتزام رغم أن السبب حينها يعود لسبب لا يد له فيه [1] .

ويتمثل الاستثناء في الحالات التي يتحمل فيها الدائن تبعة الهلاك عكس ما يكون عليه الحال وفق المبدأ أعلاه، وهي حالات تندرج إما تحت نطاق العقود الملزمة لجانب واحد، أو العقود الناقلة للملكية[2].

فإذا كان العقد ملزما لجانب واحد كالوديعة مثلا انتقل عبء تحمل التبعة إلى الدائن (وهو المودع) لكون محل الالتزام قد هلك في يد المدين وهو المودع إليه بقوة قاهرة لا يد للدائن فيها مما يستحيل معها رد الوديعة للمودع، وهو ما يجعل الدائن

---

[1] -Cf. MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, op.cit., p.473 ; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p.561 ;
آلان بينابنت، المرجع السابق، ص. 258، 259.

[2] -Cf. MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, op.cit.,p.475 ; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.563-566 ;
آلان بينابنت، المرجع السابق، ص. 259.

مجبرا على تحمل تبعة الهلاك، حيث نصت المادة 1929 ق م ف على عدم سؤال المودع إليه على الضمان في القوة القاهرة بقولها " لا يضمن المودع لديه الوديعة في حال تلفها بحادث قوة قاهرة إلا إذا طلب منه المودع ردها و لم يفعل بتقصير منه"[1]. كما أشارت المادة 1933 ق م ف إلى نفس المعنى بوضوح أكثر حينما قالت " لا يكون المودع لديه ملزما إلا برد الأشياء المودعة عنده على حالتها وقت طلب ردها، وما حدث فيها من ضرر دون تعمد منه تحمله المودع "[2].

أما العقود المتعلقة بنقل ملكية شيء معين بذاته فتخضع إلى مبدأ مفاده " الشيء المتلف يقع على عاتق مالكه[3] "، ذلك أن القانون الفرنسي ينقل الملكية إلى المتعاقد الآخر بمجرد العقد وهو ما ينقل معه تبعة هلاكه باعتباره مالكا كما جاء في نص المادة 1138 ق م ف [4]، إذ يجب على المالك ضمان ما يجب عليه تسلمه. أما إذا لم يتسلمه وتلف في يد البائع بقوة قاهرة لزم الضمان المشتري (الدائن) لأنه صاحب الملك، ما لم يكن سبب عدم تسلمه ملكه هو مماطلة البائع، حيث يكون البائع هو الملزم بالضمان حينها[5].

هذا ولعل آخر ما يجدر الختام به بخصوص موقف المشرع الفرنسي من نظرية الضمان وفق نص المادة 1138 ق م المتعلق بانتقال الملكية في العقود المعينة بمجرد العقد لا بالتسليم (بما ينقل الضمان للمشتري حتى قبل التسليم). هو إمكان تعلق

---

[1]– Article 1929 : « Le dépositaire n'est tenu, en aucun cas, des accidents de force majeure, à moins qu'il n'ait été mis en demeure de restituer la chose déposée ».

[2]– Article 1933 : « Le dépositaire n'est tenu de rendre la chose déposée que dans l'état où elle se trouve au moment de la restitution. Les détériorations qui ne sont pas survenues par son fait sont à la charge du déposant ».

[3]– آلان بينابنت، المرجع السابق، ص. 285.

[4]– راجع في النص الفرنسي للمادة 1138 ق م ف الصفحة 311 أعلاه من هذه الدراسة.

[5]– وفي نفس الإطار راجع المواد: 1142، 1182، 1788، 1790 قانون مدني فرنسي.

هذه المادة بمذهب القانون الروماني في هذا الشأن، إذ أنهم في الوقت الذي يقولون فيه بضمان المشتري للهلاك، أسس الرومان[1] عقد البيع من التزامين منفصلين لا يزول أحدهما عن الآخر، وهو ما يدحض احتمالية تأسيس ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في المادة 1138 أعلاه بما قال به القانون الروماني. ذلك أن المنطق الوحيد الذي يمكن أن نسلم فيه باعتبار المشتري ضامنا بمجرد الملكية هو فكرة الالتزامات المتبادلة. وهو ما جعل الفقيه الفرنسي كابيتان[2] " CAPITAN " يبرر الحالات السابقة التي يكون فيها المشتري ضامنا لانتقال الملكية بالعقد رغم هلاك المبيع في يد البائع وفق ضرورة تحمله مسؤولية عدم تسلمه المشتري للمبيع. مع التنويه إلى أن ما قاله به هذا الفقيه الفرنسي هو ما يتجسد في تطبيق من تطبيقات القاعدة الفقهية الشهيرة في الفقه الإسلامي " الغنم بالغرم "[3]، ومثلها أيضا قاعدة "الخراج بالضمان"[4] .

ثانيا: الانفساخ في الفقه المالكي:

بالرجوع إلى الفقه المالكي، نجده يقر بحل العقد في غير نطاق فسخه بالتراضي أو التقاضي وفق ما يعرف بالانفساخ بحكم الشرع بسبب استحالة تنفيذه لهلاك المعقود عليه[5]. إذ يدل ذلك على أن الانفساخ عنده هو حل للرابطة العقدية

---

[1]– Cf. CAPITANT Henri, op.cit., pp.291-294 ;

وراجع أيضا، زهدي يكن، المرجع السابق، ص. 192، 193.

[2]– Cf. CAPITANT Henri, op.cit., pp.294-306.

[3]– ومعناها التلازم بين الخسارة والفائدة، فكل من كان له فائدة المال شرعا، كان عليه تحمل الخسارة إن حدثت، ولتفصيل تطبيقاتها راجع، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، المرجع السابق، ص. 437 وما يليها؛ وفي ذات السياق راجع الصفحة 258 من هذه الدراسة.

[4]– ومفادها أن التكاليف والخسارة التي تحصل من الشيء تكون على من يستفيد منه شرعا، ولتفصيل تطبيقات القاعدة راجع، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، نفس المرجع، ص. 429 وما يليها.

[5]– وهو ما قرره القرافي في كتاب الفروق تحت عنوان " في الفرق الخامس والتسعين والمئة بين قاعدة الفسخ وقاعدة الانفساخ " حيث قال " فالفسخ قلب كل واحد من العوضين لصاحبه والانفساخ انقلاب كل واحد من العوضين لصاحبه فالأول فعل المتعاقدين أو الحاكم إذا ظفروا بالعقود المحرمة والثاني صفة العوضين فالأول

بحكم الشرع بسبب استحالة تنفيذه، وهو ما يقابل حل الرابطة العقدية بقوة القانون بسبب استحالة التنفيذ كما رأينا في القانون الفرنسي. مع الإشارة إلى أن الاستحالة في كل منهما تعود للهلاك باعتباره من الأسباب غير الاختيارية الخارجة عن إرادة المدين، إذ أن سببه في الفقه المالكي هو الحادث الطبيعي[1]، وسببه في القانون المدني الفرنسي السبب الأجنبي المتمثل في القوة القاهرة (المادتين 1147، 1148).

ثم ولأن الفقه المالكي لم يهتم بصياغة نظرية عامة للفسخ شأنه شأن الفقه الإسلامي المتقدم كما رأينا سابقا، جدير بالذكر كذلك إلى أن وضع شروط للقوة القاهرة في الفقه المالكي غير موجود بالشكل الذي رأيناها في القانون المدني الفرنسي، وإن كان من المكمن أن تستشف من خلال التعريف السابق الذي يؤسس الانفساخ على هلاك محل العقد بما يجعل تنفيذه مستحيلا، حيث يفهم من هذا التعريف أن الهلاك لا دخل للمدين في إحداثه لكونه حادث طبيعي، وأن هذا الحادث من النوع المفاجئ الذي لا يمكن أن يدفع، وهو ما جعل العقد ينفسخ بحكم الشرع كما سنرى في أثر الانفساخ في الفقه المالكي لاحقا .

وفي نفس الإطار، يلحظ المتتبع لحالات حل العقد بحكم الشرع في المذهب المالكي أنها أكثر توسعا من أن تشترط فيها شروطا، حيث اهتم فقهاء المذهب ببحث حلول للمسائل العملية التي تتعلق بانحلال العقد لسبب أجنبي يُمَثل قوة قاهرة لتشمل كما سنرى كل ما يفضي إلى تلف المعقود عليه (محل العقد). مع التطرق قبل

سبب شرعي والثاني حكم شرعي فهذان فرعان فالأول من جهة الموصوفات والثاني من جهة الأسباب والمسببات وبتحريم هذا الفرق رددنا على أبي حنيفة – رضي الله عنه – في جعل الخلع فسخا لعدم تعيين انقلاب الصداق لباذله، بل يجوز بغير الصداق إجماعا فحقيقة الفسخ منتفية "، القرافي، الفروق، ج3، المرجع السابق، ص. 269.

[1] – وأبرز مثاله في الفقه المالكي كما رأينا سابقا " الآفة السماوية "، وهي كل أمر قاهر لا يمكن دفعه كالريح، والبرد، والمطر، والجراد، والحريق، راجع الصفحة 263 من هذه الدراسة.

التوقف عند هذه الحالات لما يقابل المبدأ الذي قال به القانون الفرنسي والاستثناءات التي أوردها عليه، ومن ثمة البحث عمن يتحمل تبعة الهلاك. إلا أن الفقه المالكي عرف ما يطابق المادة 1722 ق م ف التي تشترط في استحالة التنفيذ أن تتعلق بالعقد كله حتى نقول بانفساخ الإيجار، أو يخير المستأجر بين إنقاص بدل الإيجار أو الفسخ. إذ يقول المالكية أيضا بهذا الحكم حينما فرقوا بين تعلق التلف بالعقد كله أو جزء منه فقط، حيث لا ينفسخ الإيجار في الحالة الأخيرة ويخير المستأجر بين الفسخ أو البقاء مع إمكان طلبه انقاص قيمة الايجار[1].

وعلى ذلك، نتعرض لأهم هذه الأسباب من خلال الفقه المالكي المقابل لأحكام القانون الفرنسي أعلاه (I)، ثم لأثر الفسخ انطلاقا من هذه الأسباب المشكلة للقوة القاهرة وضمان الخسارة الناشئة عنه وفق ما عرفه الفقه الفرنسي بنظرية تحمل التبعة (II):

I- الأسباب غير الاختيارية للانفساخ العقد:

ونتعرض لهذه الأسباب في الفقه المالكي من خلال الانفساخ لتلف محل العقد لتعلقه بما ذهب إليه القانون الفرنسي في هذا الشأن دون بقية حالات الانفساخ في المذهب المالكي، ذلك أن هذا الأخير شأنه شأن الفقه الإسلامي عامة[2] يقول بحالات

---

[1]- وفي ذلك جاء " إذا انهدم شيء من الدار قليلا كان، أو كثيرا لم يجبر ربها على إصلاحه مطلقا كما قال في التوضيح، ثم ينظر فيه، فإن كان فيه مضرة على الساكن فله الخيار بين أن يسكن بجميع الكراء، أو يخرج، فإن خرج، ثم عمرها ربها لم يلزمه الرجوع إليها، وإن عمرها، وهوفيها لزمه بقية الكراء، وإن سكن الدار مهدومة لزمه جميع الكراء، وإن كان لا ضرر على المكتري في السكنى فالكراء له لازم، وينظر إلى المتهدم، فإن نقص من قيمة الكراء حط ذلك النقص إذا قام به المكتري، ولم يصلحه رب الدار، فإن سكت وسكن فلا شيء له، وإن لم ينقص من قيمة الكراء شيئا فلا كراء له .." الحطاب الرعيني المالكي، المرجع السابق، ج5، ص. 444.

[2]- راجع فيها، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج7، ص. 30 وما يليها.

أخرى أكثر توسعا يستحيل معها تنفيذ العقد وهي موت أحد العاقدين في العقود التي يعتبر فيها موت أحدهما قوة قاهرة تجعل تنفيذه مستحيلا، فضلا عن كل ما من شأنه أن يدخل تحت مفهوم السبب الأجنبي الذي يؤدي لجعل الالتزام مستحيل التنفيذ. وهذه الأسباب كلها تنضوي تحت تصنيف أسباب الانفساخ غير الاختيارية، ومنها ما يلحق بتلف المعقود عليه كالغصب[1] ، أو تعذره بالضياع[2] أو مرض مانع لتنفيذ الالتزام[3] .

وعليه، نتتبع هذه التطبيقات بما يقابل ما تعرض إليه القانون الفرنسي في هذا المجال من خلال طائفة العقود التي تنفسخ لتلف المعقود عليه، مع اختلاف أحكام الانفساخ فيها تبعا لكون العقد من العقود الفورية، أو المستمرة، أو الملزمة لجانب واحد.

فلتميز العقود الفورية غير المستمرة بفورية التنفيذ كما هو الحال في البيع، يوثر على أحكامها قبض المعقود عليه حالة تلفه بعد القبض، وهلاكه قبل القبض. ذلك أنه في الحالة التي يكون المشتري قد قبض المبيع لا مكان حينها للقول بإمكانية انفساخ العقد لكون الهلاك قد تم بعد تمام المبيع والمبيع بيد المشتري، والمبدأ أن المالك هو من يتحمل تبعة الهلاك[4].

---

[1]– الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، المرجع السابق، ج4، ص. 62 وما يليها.

[2]– حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير، المرجع السابق، ج 3، ص. 527؛ حاشية الصاوي على الشرح الصغير، المرجع السابق، ج3، ص. 168.

[3]– " (وفسخت) الإجارة (بتعذر ما يستوفى منه) المنفعة: كدار وحانوت وحمام وسفينة ونحوها –وا ٍ ذ لم تعين حال العقد – ودابة عينت. والتعذر أعم من التلف؛ فيشمل الضياع والمرض والغصب وغلق الحوانيت قهرا وغير ذلك مما يأتي"، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، المرجع السابق، ج4، ص. 49.

[4]– حاشية الدسوقي، نفس المرجع، ج 3، ص. 71.

أما إذا هلك المبيع بعد انعقاد البيع في يد البائع قبل قبضه من المشتري، فإن المالكية قد فرقوا بين البيوع المثلية التي تستوجب الوفاء لمصلحة المشتري مثل أن يكون المبيع كيلا أو عدا حيت ينفسخ العقد بتلفها وضمانها حينئذ على البائع[1]. وإذا كان المبيع عينيا يُقَوَّمُ بقيمته (كبيع العقار المعين مثلا) صح بتمامه حتى قبل القبض وانتقل ضمانه للمشتري إن هلك المبيع[2]، إذ " ما ليس فيه حق توفية ينتقل إلى ملك المشتري بالعقد"[3]، وهو نفس ما ذهب إليه القانون المدني الفرنسي حينما قرر في مادته 1138 أن الملكية تنتقل بمجرد العقد بما ينقل معه تبعة الهلاك أيضا، ما لم يتسبب البائع في التسليم بمماطلة منه[4].

أما العقود المستمرة التي تقتضي طبيعتها استمرارها لمدة كما هو الحال في الإيجار

1– ومما جاء في ذلك تحت عنوان البيع قبل القبض " (قوله وإن أهلك إلخ) فلو كان الهلاك بسماوي لكانت من البائع، وانتقض البيع كما قدمه بقوله والتلف وقت ضمان البائع بسماوي يفسخ، ومثله الخطأ فيما يظهر من تعبير المصنف بأهلك كالمدونة ..."، الخرشي المالكي، المرجع السابق، ج5، 163.

" ... حاصله أن المبيع إذا كان فيه حق توفية وتلف بعضه بسماوي وهو في ضمان البائع أو استحق بعضه – كان في ضمان البائع أم لا – أو تعيب بعضه بسماوي وهو في ضمان البائع، ...."، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، المرجع السابق، ج3، ص. 201؛ محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهري، المرجع السابق، ج5، ص. 287.

2– " فالضمان) أي: على البائع وإن قامت البينة على التلف اتفاقاً، وحاصله: أن ما تقدم من سقوط الضمان إذا قامت البينة على الهلاك إنما هو فيما ليس فيه حق توفية بعد الصنعة وأما ما فيه ذلك فيتفق على أن الضمان منه .."، ضياء الدين الجندي المالكي المصري، المرجع السابق، ج7، ص. 224.

" ... (قوله: بل هو صحيح يدخل في ضمان المشتري بالعقد) أي ما لم يكن ذلك المبيع فيه حق توفية وإلا فلا يدخل في ضمانه إلا بالقبض .."، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير، المرجع السابق، ج 3، ص. 70.

3– ضياء الدين الجندي المالكي المصري، المرجع السابق، ج5، ص. 484.

4– راجع في شرح " (وضمنه) أي العقار الغائب (المشتري) بالعقد أي دخل في ضمانه بمجرد العقد "، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير، المرجع السابق، ج3، ص. 28 وما يليها؛ وفي نفس معنى انتقال الضمان للمشتري بالملك لانتقال الملك بالعقد راجع، شهاب الدين احمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، المرجع السابق، ج5، ص. 121؛ محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهري، المرجع السابق، ج5، ص. 72؛ محمد عليش، أبو عبد الله المالكي، ج4، ص. 491.

باعتباره مثالها الأبرز، فيقول المالكية بفسخ هذا النوع من العقود بهلاك العين المستأجرة في الإجارة المعينة[1] سواء كان التلف قبل القبض أو بعده، مع التنويه هنا إلى أن الإجارة تنفسخ بهلاك ما تستوفى منه المنفعة (كهلاك العقار، أو الأجير الذي يقوم بالعمل ..)، ولا تنفسخ بهلاك ما يُستوفى به كالمستأجر أو المؤجر[2].

أما بخصوص العقود الملزمة لجانب واحد، فمثالها انفساخ العقود غير اللازمة التي يستطيع أحد المتعاقدين أن يستقل بفسخها كالوديعة، ذلك أنها من عقود الاستئمان، وفيها يكون الأمين غير ضامن حينما تتلف الوديعة بسبب خارجي لا يد له فيه، ما لم يثبت المودع تفريط المودع لديه[3].

---

[1]– "هلاك الذات المؤجرة إذا كانت معينة كالبيت يفسخ الإجارة، ولذا إذا وقعت الإجارة على شيء غير معين وتعذر تنفيذه فإن لإجارة لا تنفسخ، وعلى المستأجر أو المؤجر أن يوفر البدل.

فمثلا: إذا وقع الإيجار على بيت صفته كذا وكذا غير معين، وانهدم البيت أو ضاعت السيارة فلا تنفسخ الإجارة، وعلى المالك أن يوفر البدل، ومن أُستؤجر على عمل كرعي، فتعذر بهلاك الشياه مثلا، فإن الإجارة لا تفسخ، ويلزم صاحب العمل أن يأتي بالبدل"، الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، المرجع السابق، ج3، ص. 538، 539.

[2]– ثم شرع في بيان ما يطرأ على الإجارة فقال (وفسخت) الإجارة (بتلف ما يستوفى منه) (لا) بتلف ما يستوفى (به) المنفعة أشار بهذا إلى قولهم إن كل عين يستوفى منها المنفعة فبهلاكها تنفسخ الإجارة كموت الدابة المعينة وانهدام الدار المعينة وكل عين تستوفى بها المنفعة فبهلاكها لا تنفسخ الإجارة على الأصح كموت الشخص المستأجر للعين المعينة ويقوم وارثه مقامه .." الدسوقي، المرجع السابق، ج4، ص. 30.

[3]– وفي ذلك جاء " المودع أمين، والأمين غير ضامن، فإذا حفظ المودع الوديعة.. بالكيفية التي يحفظ بها ماله، وضاعت دون تفريط منه، بأن احترقت، أو سرقت، فلا ضمان عليه، وهو مصدق في دعوى التلف أو الضياع، إلا إذا اتهم بالخيانة والتفريط، فيحلف ما ضيع وما فرط، وليس عنده شيء من سببها، فإن امتنع، حلف ربها بأن المودع فرط وخان، وغرمها له، فإن لم يتهم فهو غير ضامن، حتى لو اشترط عليه الضمان في أصل العقد، لأنه شرط باطل، مخالف لمقتضى عقد الأمانة"، الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، المرجع السابق، ج4، ص.22.

II- أثر الانفساخ وضمان الخسارة[1] الناشئة عنه:

فمن خلال اختلاف الانفساخ باختلاف أنواع العقود أعلاه، نجد أن أثر الانفساخ يختلف في الفقه المالكي تبعا لهذا الاختلاف، ذلك أن الأثر المباشر للانفساخ هو حل العقد بحكم الشرع لتوفر سبب من الاسباب المؤدية لاستحالة تنفيذ الالتزام، إلا أن هذا المبدأ لا يرد على إطلاقة، إذ لا يمتد هذا الأثر برجعية للعقود المستمرة، وهو ما يمتد لمسائل الضمان.

هذا وقد اتضح أعلاه أن الانفساخ يمس العقود التي لم يشملها قبض المبيع، دون البيوع التي تلف فيها المبيع بعد القبض لكونها عقود تامة صحيحة. أما العقود الفورية التي يتلف المبيع فيها قبل القبض، فتنفسخ برجعية مما يجعل العقد وكأنه لم يكن. أما ضمان الهلاك فيها فيكون بالتفرقة بين الانفساخ في البيوع المثلية إذ يكون ضمانها على البائع[2]، عكس البيوع العينية (ومنها العقارية) حيث يثبت فيها الملك بالعقد مما يجعل الضامن فيها هو المشتري لأن الضمان على المالك كما رأينا أعلاه .

غير أن أثر الانفساخ في عقود المدة يحل العقد لحظة هلاك المعقود عليه دونما امتداد لما مضى منه وفق ما تحتمه طبيعة هذا النوع من العقود، ومثالها في الإجارة عدم تعلق الانفساخ فيها بالماضي مما يرتب حقوقها الماضية كالأجرة. إضافة إلى أن تلف العين المستأجرة بقوة قاهرة وهي بيد المستأجر يجعل ضمان تلفها على المؤجر أو المالك لا على المستأجر[3].

---

[1]- ويتعلق هذا الضمان بموقف الفقه المالكي شأنه شانه الفقه الاسلامي عامة من نظرية المسؤولية تحت مسمى الضمان كما تقدم سابقا، راجع الصفحة 249 إلى 251 من هذه الدراسة.

[2]- حاشية الصاوي على الشرح الصغير، المرجع السابق، ج3، ص. 200-202؛ محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهري، المرجع السابق، ج5، ص. 287.

[3]- حاشية الصاوي على الشرح الصغير، نفس المرجع، ج، 4، ص. 41.

وعلى ذلك، وكخلاصة مُقارنة بين ما ذهب إليه الفقه المالكي في تنظيمه للانفساخ بحكم الشرع في إطار الأسباب غير الاختيارية، وما ذهب إليه القانون الفرنسي أعلاه، يمكن القول إن مذهب المالكية في الانفساخ أكثر توسعا من القانون المدني الفرنسي، حيث لم يقصر الهلاك المؤدي إلى انفساخ العقد في التلف المعتبر قوة قاهرة، بل مده أيضا لما ينتج نفس آثار الهلاك ممثلا في أسباب أخرى مثالها موت أحد العاقدين، أو ما يلحق بتلف محل العقد كغصبه أو مرض من يجب عليه تنفيذه بما يجعل التنفيذ مستحيلا.

أما أثر الانفساخ بحكم الشرع، فيختلف حسب اختلاف طبيعة العقد، ذلك أن القانون المدني الفرنسي قال بمبدأ عام مفاده تحمل المدين تبعة الهلاك في العقود الملزمة للجانبين، إلا أن المالكية توسعوا أكثر في هذا المجال بتفريقهم في هذا النوع من العقود بين العقود الفورية والأخرى المستمرة، حيث نصوا على ما اعتبره القانون الفرنسي مبدأ عام في الفورية حينما يقبض المتعاقد الآخر (وهو المشتري) المحل ويهلك في يده لكون المالك هو من يتحمل تبعة الهلاك.

غير أنهم في العقود الفورية التي يحدث فيها هلاك للمعقود عليه قبل قبضها من المتعاقد الآخر فرقوا فيها هي الأخرى بين نوعين، أول يتعلق بعقود فورية محلها مثلي يستوجب الوفاء وهلك قبل قبض المشتري مما يجعل ضمانه على البائع. وثان يتعلق بعقود قيمية تشبه ما سماه القانون الفرنسي " العقود الناقلة للملكية " أو ضمان تلف المحل فيها على المشتري بمجرد العقد ولو لم يحدث تسلم للمدين، وهو نفس ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في المادة 1138 كما رأينا أعلاه. أما العقود المستمرة ومثالها الإيجار فتنفسخ بأثر فوري، سواه بتلف المحل بقبضه أو قبل قبضه، أما ضمانها فهو على المالك أو المؤجر دون المستأجر.

لتبقى العقود الغير لازمة المقابلة للعقد الملزم لجانب واحد في القانون المدني الفرنسي، إذ رأينا فيها أن القانون الفرنسي وافق المذهب المالكي بتطابق على التفاصيل بخصوص مثالها الأبرز ممثلا في عقد الوديعة، ذلك أن المودع لديه أمين والأمين غير ضامن، ما لم يكن التلف قد حدث بسببه بما يعتبر تفريطا يستوجب تحول الضمان إليه استثناء.

ليتفق القانون الفرنسي مع الفقه المالكي في كل هذه المبادئ غير ما توسع المالكية فيه كما رأينا في تفريقهم في العقود الفورية التي تنفسخ بتلف المعقود عليه حينما يتم فيها القبض وما لم يتم فيه. مع الإشارة أخيرا إلى أن القول بوجود تشابه يعزى للقانون الروماني بعيد عن إمكانية القول به ولو احتمالا. والسبب يعود ببساطة لاختلاف الأساس الذي بنى عليه الرومان الالتزامات المتقابلة حينما فصلوا كل التزام عن الآخر، ذلك أن فكرة الضمان لا تستوعب مثل هذا التأسيس إذ تحتم الربط بين الالتزامات وفق ما قال به الفقيه الفرنسي "كابيتان " وذهب إليه الفقه الإسلامي ومنه المالكي قبل قرون، وهو ما يستوجب البحث في مدى تعلق هذا الموقف من الحالات الأخرى التي ينحل بها العقد في غير إطار الفسخ.

المبحث الثاني
انحلال العقد بأسباب غير الفسخ

رغم أن الفسخ يعتبر من أهم صور انحلال العقد في القانون المدني الفرنسي إذ تحل الرابطة العقدية من خلاله بالتراضي أو التقاضي أو بقوة القانون كما رأينا أعلاه. إلا أن الملاحظ في هذا الخصوص أن انحلال العقد لا يقتصر على الفسخ باعتباره الصورة الأكثر شيوعا، وإنما يمتد لصور أخرى، حيث نحاول أن نبحث فيها عن مدى تأثر القانون المدني الفرنسي في تنظيمها بالفقه المالكي من خلال الدفع بعدم التنفيذ (المطلب الأول)، والرجوع في العقد أو إلغاءه (المطلب الثاني).

المطب الأول
الدفع بعدم التنفيذ

بالرجوع إلى الفقه الفرنسي[1]، نجده يعتبر الدفع بعدم التنفيذ وسيلة دفاع يحق للمتعاقد من خلالها أن يمتنع عن تنفيذ التزامه ما لم يقم المتعاقد الاخر بتنفيذ التزامه المقابل، إذ أن الهدف من هذا الدفع حينها ليس التحلل من الالتزام كما كان الحال في الفسخ، بل هو تعليق تنفيذ الالتزام لدفع المتعاقد الآخر لينفذ التزامه المقابل.

أما ما يمكن الانطلاق منه مقارنة بين القانون الفرنسي والفقه المالكي في هـذا المجال، فهو الإشارة إلى أن هذا الأخير [2] شأنه شأن الفقه الاسلامي عامـة[3] يأخـذ بفكرة الدفع بعدم التنفيذ بتوسع مقابل تضييقه من نظرية الفسخ كما اتضـح مـن خلالها سابقا. أما عن سبب هذا التوسع فيتمثل في عدم خطورة الدفع بعدم التنفيـذ، حيث يهدف إلى وقف تنفيذ العقد بدل التركيز على حله كما هو الحال في الفسخ.

وعليه نحاول عقد المقارنة بين القانون المدني الفرنسي والفقه المالكي بحثا عن مدى وجود تشابه في المواضيع المنضوية تحت عنوان الدفع بعدم التنفيذ، وهذا من خلال تطبيقات الدفع بعدم التنفيذ في كل منهما (الفرع الأول)، ثم استخلاص نظرية عامة للدفع بعدم من خلال نفس النهج المقارن (الفرع الثاني).

---

[1]-Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p.590 ; MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, op.cit., p.449.

[2]- ومن المبادئ التي تقرر الفكرة في الفقه المالكي قول مالك " للبائع أن يتمسك بالمبيع حتى يقبض الثمن"، ابن جزي، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص. 164.

[3]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج6، المرجع السابق، ص. 215؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج 4، الطبعة 4، ص .3210.

الفرع الأول
تطبيقات الدفع بعدم التنفيذ

بالرجوع إلى القانون المدني الفرنسي، نجده لا يقرر الدفع بعدم التنفيذ كقاعدة عامة أو مبدأ تتضمنه مادة من مواده، حيث اقتصر على تبنيه في تطبيقات مبعثرة نحاول تتبعها (أولا)، ثم البحث عما يقابلها في الفقه المالكي وعقد مقارنة (ثانيا):

أولا: تطبيقات الدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني الفرنسي:

بالبحث عن هذه التطبيقات، نجد المشرع الفرنسي ينطلق فيها من الحق في الحبس لكل من البائع والمشتري، وفيه نصت المادة 1612 ق م[1] على حق البائع في حبس المبيع في يده إلى حين حصوله على ما يستحقه من الثمن ما لم يكن الأجل المتفق عليه لم يحل بعد[2].

وفي مقابل ذلك، نصت المادة 1653 ق م ف على حق المشتري في وضع يده على المبيع حينما يحصل له تعرض على ملكيته بدعوى حق سابق على المبيع أو ناشئ من البيع، إذ له وفق ذلك أن يحبس الثمن عنده إلى أن يزول التعرض ما لم يكن هناك

---

[1]–Article 1612 : « Le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose, si l'acheteur n'en paye pas le prix, et que le vendeur ne lui ait pas accordé un délai pour le paiement ».

[2]– وفي نفس الإطار نصت المادة الموالية (م 1613 ق م ف) على حق البائع في عدم تسليم المبيع ولو كان الثمن مؤجلا بثمن معلوم، وذلك في الحالة التي بعلم فيها البائع افلاس المشتري بعد البيع أو حدوث ما يضعف وضعه المادي، إلا إذا وفر المشتري للبائع ضامنا يدفع الثمن حين حلول أجله.

Article 1613: « Il ne sera pas non plus obligé à la délivrance, quand même il aurait accordé un délai pour le paiement, si, depuis la vente, l'acheteur est tombé en faillite ou en état de déconfiture, en sorte que le vendeur se trouve en danger imminent de perdre le prix ; à moins que l'acheteur ne lui donne caution de payer au terme ».

شرط في العقد يقضي بعدم حقه في ممارسة الحبس في حالة وجود تعرض للملكية [1].

أما خارج نطاق عقد البيع، فقد عرف القانون المدني الفرنسي بعض النصوص[2] التي يمكن أن تكيف على أنها دفع بعدم التنفيذ، نذكر منها المادة 1749 في عقد الإيجار[3]، حيث تضمنت الحالة التي يفسخ فيها عقد الإيجار لبيع العين المؤجرة ورجوع المستأجر بالتعويض على المؤجر، وحينها لا يخرج المستأجر من العين التي بيعت إلا بحصوله على ضمان من المؤجر أو المالك الجديد يكفل له تعويض خروجه منها قبل انتهاء مدة الإيجار.

هذا وفضلا عن هذه التطبيقات المتفرقة التي لا ترقى للقول بأن القانون المدني الفرنسي عرف الدفع بعدم التنفيذ كنظرية مستقلة أو مبدأ عام، كرس الاجتهاد القضائي[4] الفرنسي في بعض قراراته القول بإمكانية دفع أحد طرفي الالتزام بعدم تنفيذ التزامه إلا إذا قام الملتزم الآخر بتنفيذ التزامه بما يؤسس على فكرة ارتباط الدينين

---

[1]- Article 1653: « Si l'acheteur est troublé ou a juste sujet de craindre d'être troublé par une action, soit hypothécaire, soit en revendication, il peut suspendre le paiement du prix jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble, si mieux n'aime celui-ci donner caution, ou à moins qu'il n'ait été stipulé que, nonobstant le trouble, l'acheteur paiera ».

[2]- ومنها، عقد المقايضة لما يستلم أحد المتقاضين البدل ثم يعلم قبل أن تسليمه البدل المقابل أن ما قبض ليس ملكا للمتعاقد الآخر، فلا يجبر حينها بدفع بدل مقابل وا إنما برد ما قبض (م 1704 ق م ف)، عقد الوديعة عندما يحبس المودع إليه الوديعة عنده حتى يستوفي من المودع ما خسره عليها من مصاريف تضمن حفظها على الشكل المطلوب (م 1948 ق م ف).

[3]- Article 1749 : Les locataires ne peuvent être expulsés qu'ils ne soient payés par le bailleur ou, à son défaut, par le nouvel acquéreur, des dommages et intérêts ci-dessus expliqués.

[4]- Cass. Com., du 27 janvier 1970, 67-13.764 ; Cass. Civ., 3ème, 26 mars 2014, 13-10.984 ; Cass. Civ., 3ème, du 18 janvier 1983, 81-11.197, http://www.legifrance.gouv.fr.

بعضهما ببعض [1] كما سنرى في أساس هذا الدفع وفق تكييف الفقه الفرنسي له.

ثانيا: تطبيقات الدفع بعدم التنفيذ في الفقه المالكي:

أما عن تطبيقات هذه النظرية في الفقه المالكي، فتتجسد في نموذج بارز عرفه المالكية تحت مسمى الحق في الحبس[2]، حيث نتعرض لأهم تطبيقاته ممثلة في البيع والإيجار، ثم الزواج.

فإذا كان البيع سلعة بنقد (وهو الشائع)، أوجب المالكية على المشتري أن يسلم الثمن أولا ما لم يكن الثمن دينا مؤجلا أو مقسطا على المشتري، أما إذا كان البيع مقايضة (بيع سلعة بثمنها) وجب تسليم المبيع والثمن معا في وقت واحد. فإذا كان الثمن حالا، سواء في البيع أو المقايضة، فإن للبائع حق حبس المبيع لاستيفاء جميع الثمن[3]. وفي مقابل ذلك، يحق للمشتري أيضا حبس الثمن إذا تنازع مع البائع في من يسلم أولا وامتنع البائع عن تسليم المبيع، ومثاله إذا كان البيع مقايضة، فوجب قبض الثمن والمبيع في وقت واحد[4].

---

[1]-وراجع كذلك في تكريس محكمة النقض الفرنسية للدفع بعدم التنفيذ وفق فكرة ارتباط الالتزامين:
WERY Patrick, op.cit., pp.674-675 ; MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, op.cit., pp.450-451.

[2]- وقد عرف الفقه الإسلامي عامة تطبيقاته تحت مسمى حق الحبس، ولبعض نماذجها التفصيلية راجع، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، الطبعة 4، ج 5، ص. 3385 وما يليها.

[3]- ومما جاء في ذلك " ... يجب على المشتري تسليم الثمن وعلى البائع تسليم المثمون فإن قال أحدهما لا أسلم ما بيدي حتى أقبض ما عاوضت عليه أجبر المشتري على تسليم المثمن ثم أخذ المثمون من البائع ... وقد قال مالك للبائع أن يتمسك بالمبيع حتى يقبض الثمن ..." ابن جزي، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص. 164؛ وفي نفس المعنى راجع، البغدادي المالكي، المرجع السابق، ص85؛ الحطاب الرعيني المالكي، المرجع السابق، ج4، ص. 512.

[4]- وفي ذلك جاء " ... إذا تنازع البائع والمشتري في التسليم أولا بأن قال البائع للمشتري لا أدفع المبيع حتى أقبض الثمن وقال المشتري للبائع لا أدفع لك الثمن حتى أقبض المبيع فإن المشتري يجبر على تسليم الثمن أولا؛

ثم بالإضافة إلى عقد البيع أهم العقود المالية، يقول المالكية[1] بالحق في الحبس في عقد الإيجار حينما يبدأ المستأجر بدفع الأجرة ما لم يتم الاتفاق على دفعها مؤجلة، ثم يسلم المؤجر العين المؤجرة. ونتيجة لهذه الالتزامات المتقابلة، للمؤجر الحق في حبس العين المؤجرة في يده بعدم تسليمها للمستأجر إلا بعد استيفاء الأجر المعجل، فضلا عن حقه في فسخ الإجارة.

أما في الإجارة على الأعمال العامة كما الخياط والصياغ أو البناء ...، فيحق للأجير أن يحبس المستأجر فيه حين قيامه بالعمل حتى يستوفي أجرته [2].

لأن من حق البائع أن لا يدفع ما باع حتى يقبض ثمنه؛ لأن الذي باعه في يده كالرهن في الثمن فمن حقه أنه لا يدفعه إليه حتى يقبض ثمنه.. وإلا بأن كان بيع دراهم بدراهم، أو دنانير بدنانير مراطلة، أو مبادلة، أو دراهم بدنانير على وجه الصرف، أو بيع عرض بعرض، أو مثلي بمثلي، أو عرض بمثلي لم يجبر واحد إلخ (قوله، وإن كانا مثليين إلخ) أراد بهما ما يشمل بيع المثلي بالمثلي والمثلي بالعرض والعرض بالعرض (قوله، فإن كانا إلخ) أي أن محل كونهما في الصرف والمراطلة يقال لهما ما ذكر وفي العرضين والمثلين يتركان إذا لم يكونا بحضرة القاضي، فإن كانا إلخ (قوله من يتولى ذلك لهما) أي أنه يوكل شخصا يمسك الميزان في المراطلة ويضع كل واحد عينه في كفة ليدفع لكل منهما مناجزة ويأخذ العين منهما في الصرف ليدفع كل منهما مناجزة ويقبض منهما في المثلين ليدفع لكل منهما مناجزة ..."، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير، المرجع السابق، ج3، ص 147؛ وراجع في نفس المعنى حاشية الصاوي على الشرح الصغير، المرجع السابق، ج3، ص. 532

[1]– حاشية الدسوقي، نفس المرجع، ج4، ص 4؛ ابن القيم الجوزية، المرجع السابق، ج4، ص. 26، 27؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج 4، ط 4، ص 3211.

[2]– وفي ذلك جاء " قلت: أرأيت الخياطين والقصارين والخرازين والصواغين وأهل الصناعات إذا عملوا للناس بالأجرة ألهم أن يحبسوا ما عملوا حتى يقبضوا أجرهم؟ قال: قال مالك: نعم لهم أن يحبسوا ما عملوا حتى يعطوا أجرهم. قال: وكذلك في التفليس هم أحق بما في أيديهم وكذلك في الموت هم أحق بما في أيديهم إذا مات الذي استعمل عندهم وعليه دين. قلت: أرأيت إن استأجرت حمالا يحمل لي طعاما أو متاعا أو عرضا من العروض إلى موضع من المواضع بأجر معلوم على نفسه أو على دابته أو على إبله أو على سفينته فحمل ذلك حتى إذا بلغ الموضع الذي اشترطت عليه منعني متاعي أو طعامي حتى يقبض حقه؟ قال: قال مالك: ذلك له وإن فلس رب المتاع كان هذا الحمال أو الكري أحق بما في يديه من الغرماء حتى يستوفي حقه."، مالك بن انس الأصبحي، المدونة الكبرى، المرجع السابق، ج3، ص 458.

وكما هو الشأن في العقود المالية أعلاه، يقرر المذهب المالكي[1] شأنه شأن بقية المذاهب[2] حق المرأة في منع نفسها عن زوجها، بل وعدم الانتقال إلى بيت الزوجية إلى حين تمكينها من جميع مهرها المعجل. وعليه وبموجب هذا الحق لا تلتزم بما يجب أن تلتزم به الزوجة بعد الدخول بها، فلا يستطيع منها من سفر أو منعها الخروج من بيت الزوجية إذا انتقلت إليه بعد العقد[3].

ومن خلال المقارنة بين تطبيقات الدفع بعدم التنفيذ في القانون الفرنسي وبين نظيرتها في الفقه المالكي، نجد أنهما يتفقان كل الاتفاق بخصوص هذه التطبيقات المشكلة لأبرز نماذج الدفع بعدم التنفيذ أو ما يعرف في الفقه المالكي بحق الحبس، حيث ينطلقا من حق البائع في ممارسة حبس المبيع بغية الضغط على المشتري لدفع الثمن ما لم يكن العقد معلقا على أجل لم يحن أوانه بعد. وفي مقابل ذلك للمشتري الحق ذاته حينما يحبس الثمن في الحالة التي لا يسلم فيها المبيع السلعة.

أما في الإيجار، فيقررون المالكية إلحاق المبدأ بالحالة التي يخول فيها المؤجر حبس العين المؤجرة إلى حين حصوله على المعجل من ثمن الإيجار. وفي ذات النطاق يلحق القانون المدني الفرنسي بالفقه المالكي في تقريره حق المستأجر عدم الخروج من العين المستأجرة في حالة تملكها من بائع جديد إلا إذا تحصل على ضمان يعوضه عما لحقته من خسارة جراء فسخ الإيجار بمالك جديد قبل حلول أجل انتهاءه.

---

[1]- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير، المرجع السابق، ج2، ص. 297؛ ابن رشد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، المرجع السابق، ج4، ص. 397؛ الحبيب بن الطاهر، المرجع السابق، ج3، ص. 278.

[2]- راجع في تفصيلها، وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ج9، ص. 3213؛ محمدأبو زهر ة، محمدأبو زهر ة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، د ط، د س ط، ص. 208.

[3]- وفي ذلك جاء تحت عنوان منع المرأة نفسها حتى تقبض الصداق: " ويجوز لها أن تمنع نفسها من الدخول بها، أو من السفر مع الزوج إلى أن تبض الصداق المستحق الدفع، سواء كان معجلا، أو مؤجلا حل أجله ... " الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، المرجع السابق، ج2، ص. 594.

ليتوسع المالكية أكثر في تطبيق المبدأ في غير الالتزامات المالية حينما قالوا بحق الزوجة في حبس نفسها عن الزواج إلى حين حصولها على المعجل من المهر، وهو ما يجعل الفقه المالكي يخضع التطبيقات لمبدأ عام يصلح للإسقاط على جميع الالتزامات المتقابلة مالية كانت أو غيرها، عكس القانون المدني الفرنسي الذي وإن نظم تلك التطبيقات المتفرقة وفق فكرة الدفع بعدم التنفيذ، إلا أنه لا يقرر الفكرة كقاعدة عامة، وهو ما يجعل السؤال حينها يمتد للأساس الذي يبنى عليه هذا النوع من الدفوع في كل منها وفق ما سنراه في أساس الدفع بعدم التنفيذ بحثا عن استخلاص نظرية عامة للدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني الفرنسي، وجودها في الفقه المالكي.

الفرع الثاني
استخلاص نظرية عامة للدفع بعدم التنفيذ

ما تجدر الإشارة إليه بداية في هذا المجال، هو التأكيد على أن الفقه المالكي والفقه الإسلامي المتقدم عامة لا يهتم كثيرا بصناعة النظريات اهتمامه بالبحث عن حلول من خلال استنباط الاحكام من مصادرها الشرعية. إلا أن المهتمين بصياغة النظريات في الفقه الاسلامي حديثا[1] حاولوا استخلاص نظرية عامة للدفع بعدم التنفيذ من خلال الوقوف عند تطبيقات الدفع بعدم التنفيذ أعلاه خاصة في عقد البيع باعتباره النموذج الأبرز للعقود، وجعلوا عناصرها ترتكز على نقاط ثلاث هي الأساس الذي يقوم عليه الدفع بعدم التنفيذ (أولا) وشروط هذا النوع من الدفع (ثانيا)، ثم الأثر الذي يترتب عليه (ثالثا).

---

[1]- راجع في تفصيل استخلاص نظرية للدفع بعدم التنفيذ من الفقه الاسلامي بمذاهبه الأربعة، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج6، المرجع السابق، ص. 240–243؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، الطبعة 4، ج4، ص. 3213، 3214.

أولا: أساس الدفع بعدم التنفيذ:

من خلال البحث عن أساس الدفع بعدم التنفيذ في القانون الفرنسي، يلحظ المتوقف عند تاريخ هذا الدفع أن القانون الروماني[1] لم يعرف مبدأ عاما تحت مسمى الدفع بعدم التنفيذ، حيث اقتصر الرومان على القول بنوع من الدفع عرفوه ضمن نطاق الدفع بالغش، وأسسوه حينها على احترام حسن النية في العقود الملزمة للجانبين.

وعلى ذلك، لم يعرف الرومان تعبير الدفع بعدم التنفيذ كدفع مستقل هدفه الضغط على المتعاقد الآخر للتنفيذ، إلا أن فقهاء القانون الفرنسي القديم عرفوا تسميات قريبة لم ترق لتشكل مبدأ عام مما جعله أجنبيا في القانون الفرنسي الذي اكتفي فيما بعد بالنص عليه في تطبيقات متناثرة كما رأينا سابقا، في الوقت الذي قررته بعض التقنينات الحديثة كمبدأ عام على غرار القانون المدني الألماني[2].

أما عن أساس الدفع بعدم التنفيذ كمبدأ تنضوي تحته تلك التطبيقات السابقة، فهو الأساس نفسه الذي قال به الفقه الفرنسي الحديث في نظرية الفسخ ممثلا في الالتزامات المتقابلة، بل يتجسد أكثر في تبرير الفقيه كابيتان[3] لتلك الفكرة بنظرية السبب حيث قال أن أساس هذا الدفع هو سبب الالتزام الذي ما كان ليكون لولا وجود التزام آخر يقابله وهو ما يولد تقابل بين الديون والالتزامات .

1- Cf. CAPITANT Henri, op.cit., p.262 ; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p.591.

2- Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.591-592 ; MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, op.cit., pp.449-450.

3- Cf. CAPITANT Henri, op.cit., pp.261-264.

ومن خلال التطبيقات السابقة المؤسسة في الفقه المالكي على حق كل متعاقد في تعليق تنفيذ التزامه على ضرورة تنفيذ المتعاقد الثاني لالتزامه، يمكن ملاحظة أن ارتباط الالتزامين المتبادلين في عقد المعاوضة هو الأساس الذي تقوم عليه هذه النظرية، إذ ينتج عن هذا الارتباط أن عدم تنفيذ أحد الالتزامين يُفضي إلى وقف تنفيذ الالتزام المتقابل، وكل ذلك في إطار فكرة المساواة العقدية التي تتميز بها العقود في الفقه الاسلامي عامة[1].

وانطلاقا من ذلك، يمكن القول إن الفقه الفرنسي الحديث ممثلا خاصة في نظرية الفقيه كابيتان قد لحق بالفقه المالكي، بل وبالفقه الاسلامي عامة في قوله بتأسيس الدفع بعدم التنفيذ على فكرة العدالة التعاقدية التي تحتم على كل ملتزم أن ينفذ التزامه في الوقت الذي يمتد إليه هذا الإلزام للمتعاقد المقابل. خاصة أن القانون الروماني لم يعرف فكرة هذا الدفع كمبدأ عام شأنه شأن القانون الفرنسي الذي اكتفى بتقريره من خلال تطبيقات أسسها فقهه الحديث على احترام سبب التزام كل متعاقد ممثلا في التزام المتعاقد الآخر، وهو ما يعني أن الفقه الفرنسي الحديث لحق بالفقه الإسلامي ومنه المالكي في هذا المجال.

ثانيا: شروط الدفع بعدم التنفيذ:

فمن خلال ما اعتبره الفقه الفرنسي شروطا للدفع بعدم التنفيذ في الفقه الفرنسي انطلاقا من دعم الاجتهاد القضائي الفرنسي لهذه الشروط[2]، يلاحظ بداية أن ميدان الدفع بعدم التنفيذ هو العقود الملزمة للجانبين كما رأينا في عقد البيع أعلاه.

---

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج6، ص. 242، 243.

[2]-Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.602-611 ; MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, op.cit., pp.457-460 ; WERY Patrick, op.cit., pp.674-675

إلا أن التطبيق يمتد لكل ما فيه التزامات متقابلة ولو تعلق الأمر بعقود هي في الأصل ملزمة لجانب واحد ويترتب عليها استثناء التزامات متقابلة[1] كما في الوديعة، وحينما يحبس المودع لديه الوديعة عنده حتى يستوفي المصاريف التي خسرها حفظا للوديعة (م 1948 ق م ف).

هذا وإضافة إلى اشتراط تعلق الدفع بعدم التنفيذ بالالتزامات المتقابلة، يشترط الفقه الفرنسي في التمسك بالدفع أن يقترن بحسن النية. ويتجسد خرق مبدأ حسن النية في الحالة التي يكون المتمسك بهذا الدفع هو من بدأ بعدم التنفيذ، أو أنه كان المتسبب في عدم تنفيذ المدين المقابل لالتزامه، مع امتداد هذا الخرق للحالة التي يكون فيها الجزء المتبقي غير المنفذ أقل بكثير من الجزء المنفذ، حيث لا يحق للمتمسك بالدفع في هذه الحالة إلا أن يتمسك بعدم تنفيذ جزء من التزامه لا الالتزام كله[2].

وكما هو الحال في الفقه الفرنسي أعلاه، يمكن ملاحظة اقتران تطبيقات الدفع بعدم التنفيذ في الفقه المالكي أعلاه بوجود شرطين هما[3]:

- يجب أن يكون هناك عقدا ملزما لجانبين أي عقد معاوضة، ذلك أن فكرة الدفع بعدم التفنيد تستلزم وجود ارتباط بين التزامات متقابلة، مما يوفر الحق لكل متعاقد بأن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر في نفس العقد بتنفيذ ما عليه من التزام، وهو ما يفضي إما إلى تنفيذ العقد، أو إلى فسخه.

---

[1]-Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.602-603 ; MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, op.cit., pp.451-452.

[2]-Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.608-609 ; MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, op.cit., pp.452-453.

[3]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج6، المرجع السابق، ص. 241؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، الطبعة 4، ج4، ص .3213.

- أن يكون الالتزام المحبوس أو الذي يقف المدين تنفيذه متأخرا في التنفيذ عن الالتزام المقابل، وهو ما رأيناه في التطبيقات أعلاه من خلال عقد البيع حينما يبدأ المشتري بدفع الثمن ثم يسلم البائع العين المبيعة، فإذا لم يستلم البا ع الثمن أوقف تنفيذ التزامه بحبس المبيع حتى يستوفي الثمن وليس العكس، ويمتد الأمر ذاته بالنسبة للمؤجر حينما يحبس العين المؤجرة إلى حين استيفاء الأجرة، إذا كانت الأجرة معجلة.

وهو ما يجعل شرط تعلق الدفع بالالتزامات المتقابلة معتبرا في كل من الفقه الفرنسي والفقه المالكي على اعتبار أن أساس هذا النوع من الدفوع هو احترام الالتزامات المتبادلة كما اتضح سابقا. أما شرط حسن النية، وإن قال به الفقه الفرنسي تأثرا بالموقف الروماني السابق على ما يبدو حينما اعتبر تنفيذ العقود دون غش مما يفرضه احترام حسن النية. إلا أن مضمون هذا الشرط يعتبر كتحصيل حاصل للشرط الثاني في الفقه الإسلامي أعلاه حينما اشترط هذا الأخير أن يكون التزام المتمسك بحق عدم التنفيذ متأخرا للالتزام المقابل مما يثبت حسن نيته في التنفيذ. ذلك أن اشتراط هذا الشرط يتجسد في المقصد من الدفع بعدم التنفيذ بما يفيد أن المتعاقد المتوقف عن التنفيذ ما كان ليتمسك بحقه في عدم التنفيذ إلا لأن المتعاقد الآخر لم يقم بتنفيذ التزامه، فضلا عن استعداده للتنفيذ متى نفذ المتعاقد الآخر ما عليه.

ثالثا: أثر الدفع بعدم التنفيذ:

ما يلاحظ بشأن الدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني الفرنسي، أن ممارسة أحد المتعاقدين لحقه في التمسك بعدم التنفيذ وفق الشروط السابقة، تجعله في غير حاجة لإعذار المدين غير المنفذ لالتزامه قبل ممارسة هذا الحق، مع امتداد الحكم لعدم حاجته

كذلك لاستصدار إذن قضائي مسبق، ذلك أن غير قضائية هذا الدفع هو ما يميزه حينما يعتبره المتمسك به المسلك الوحيد الذي يمكنه من دفع المتعاقد الآخر لتنفيذ التزامه. أما دور القضاء، فيتمثل في المرحلة التالية حينما يقرر المتعاقد الآخر رفع الأمر للقضاء حتى يستصدر حكما بعدم حق المتعاقد الأول في التمسك بهذا الدفع، حيث يستطيع القاضي لحظتها أن يقرر مدى تعسف المتعاقد المتمسك باستعمال حقه في الدفع من عدمه [1].

أما ما يترتب على التمسك بهذا الدفع حينها فهو تعليق تنفيذ الالتزام بين المتعاقدين دون فسخه بغرض دفع المتعاقد الطرف الآخر للتنفيذ[2]، مع امتداد حق المتعاقد المتمسك بالدفع للغير حينما يتعلق حق هذا الغير بمحل الالتزام. ومثاله بيع المشتري الذي لم يدفع ثمن ما اشترى إلى مشتري ثان، حيث يمتد حق البائع الأول في التمسك بعدم التنفيذ في مواجهة المشتري الأول حتى يدفع الثمن إلى المشتري الثاني[3].

ثم ما يجدر ذكره انتهاء فهو أن حق التمسك بهذا الدفع يسقط بالإجازة شأنه شان أي حق، خاصة في حالة إعطاء المدين ضمانات على تنفيذ التزامه[4]، ومثاله هذه الضمانات ما قررته المادتين 1613 و 1653 ق م ف كما رأينا سابقا[5].

وأما أثر هذا الدفع في الفقه المالكي، فيرتبط أكثر بفكرة الدفع القامة على مطالبة متعاقد من الآخر تنفيذ لالتزامه أكثر من تركيز على التحلل من التزامه

1– Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.610-611 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., p.453.

2– Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.611-612 ; MALAURIE Ph, AYNÈS L et STOFFEL-MUNCK Ph, op.cit., p.453 ; WERY Patrick, op.cit., p.676 ; آلان بينابنت، المرجع السابق، ص. 266.

3– Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.611-612.

4– Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.616-617.

5– راجع الصفحة 331، 330 من هذه الدراسة.

بالفسخ، وهو ما يترتب عليه توقف تنفيذ العقد دون انحلاله بالفسخ، ذلك أن الغرض من التمسك بهذا الدفع هو المطالبة بالتنفيذ، ثم الذهاب للفسخ إذا لما يفضي هذا الدفع إلى تنفيذ العقد.

هذا وجدير بالإشارة هنا إلى أن الدفع بعدم التنفيذ يسقط بأمور عدة أهمها تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه، أو النزول عنه صراحة أو ضمنا. ومن هذا النزول الضمني الاتفاق على أجل يدفع فيه المشتري الثمن. كما يسقط هذا الدفع بانقضاء الالتزام المقابل بسبب من أسباب الانقضاء، ومنها إحالة ثمن المبيع من المشتري إلى مدين المشتري.

ليتضح من ذلك اتفاق القانون المدني الفرنسي من فقهه خاصة والفقه المالكي حول أثر الدفع بعدم التنفيذ، إذا لا يعتبر الأمر عندهما أكثر من مجرد وسيلة غرضها الضغط على المتعاقد الآخر لينفذ التزامه اتقاء لسلك طريق آخر هو حل الرابطة العقدية.

أما في الحالة التي لا تفضي فيها هذه الوسيلة إلى تحقيق غايتها جاز حينها للمتعاقد المضرور أن يلجأ إلى القضاء بغية سلك طريق آخر قد ينتهي إلى الفسخ، اتفاق القانون المدني الفرنسي مع الفقه المالكي كذلك في إمكان سقوط حق الدفع بعدم التنفيذ من خلال التنازل عنه. كما يسقط عندهما بوجود ضمانات تضمن تنفيذ كل طرف لالتزامه. مما يجعل هذا التوافق يضاف إلى ما قبله في جل عناصر الدفع بعدم التنفيذ مثلما اتضح أعلاه، وهو ما يجعل البحث عن مدى وجود مثل هذا التشابه في المواقف يمتد إلى آخر طريق يمكن أن يحل الرابطة العقدية في غير إطار الفسخ ممثلا في الرجوع في العقد أو الغائه ؟

المطلب الثاني
الرجوع في العقد أو الغاءه

كما تنقضي العقود بتنفيذها، تنقضي كذلك بالتراضي على إنهاءها وفق ما رأينا سابقا تحت مسمى الفسخ الاتفاقي في القانون الفرنسي أو الإقالة في الفقه المالكي والإسلامي عامة. إلا أنه وإضافة إلى ذلك يمكن أن يستقل أحد المتعاقدين بإلغاء العقد في بعض العقود. كما يمكن أن ينقضي العقد قبل ذلك بالرجوع فيه بشكل يقترب من التراضي على إنهاءه وفق مبدأ تتجسد صورته البارزة في الرجوع في الهبة.

وعلى ذلك، نبحث في موضوع الرجوع في العقد (الفرع الأول)، ثم إلغاء العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول
الرجوع في العقد

رأينا سابقا[1] أن العقد متى تم صحيحا مستوفيا أركانه في القانون المدني الفرنسي وجب الالتزام بتنفيذه لتوفر هذا التنفيذ على قوة ملزمة وفق نص المادة 1134 ق م ف. فلا يجوز لأحد المتعاقدين أن يرجع في ما أنشأته الإرادتين المتطابقتين ما لم تتفقا على الرجوع فيه وفق مبدأ " العقد شريعة المتعاقدين ". إلا أن استثناء يرد على المبدأ في هذا المجال يتجسد في إمكانية استقلال أحد المتعاقدين بالرجوع في العقد ممثلا في " الرجوع في الهبة ".

---

[1]- راجع الصفحة 183 من هذه الدراسة.

وعلى ذلك، نحاول التعرض لهذا الاستثناء من خلال البداية بالقانون المدني الفرنسي (أولا)، لننتقل بعده إلى ما يقابله في الفقه المالكي ومن ثمة البحث عن مدى مطابقة الموقف الفرنسي للفقه المالكي في هذا الشأن (ثانيا):

أولا: الرجوع عن الهبة في القانون المدني الفرنسي:

تعرف الهبة في القانون المدني الفرنسي وفق المادة 894 منه على أنها عقد بين الأحياء بمقتضاه يتبرع الواهب حالا وبصورة لا تقبل الرجوع، بشيء لصالح موهوب له يقبله[1]. ولكون عقد الهبة من عقود التبرع التي يعطي فيها أحد المتعاقدين شيئا لأخر دون مقابل، نجد المشرع الفرنسي قد أحاطها بضمانات تنبه المتعاقد المقدم عليها إلى خطورة التصرف، ومن بينها اشتراط الشكلية في الهبة المتعلقة بالعقار[2]، وحماية أصحاب الحقوق المتعلقة بالشيء الموهوب بدعوى سبق التعرض إليها هي الدعوى البوليصية [3].

هذا ومن أهم الضمانات الممنوحة للواهب في هذا الصدد، إمكانية رجوعه عن الهبة إذا توفرت مسوغات معينة للرجوع، ذلك أن القاعدة في القانون الفرنسي هي عدم جواز الرجوع عن الهبة وفق ما جاء في المادة 953 من ق م ف. غير أن المشرع

[1]– Article 894 :« La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte ».

[2]– Article 939: «Lorsqu'il y aura donation de biens susceptibles d'hypothèques, la publication des actes contenant la donation et l'acceptation, ainsi que la notification de l'acceptation qui aurait eu lieu par acte séparé, devra être faite aux bureaux des hypothèques dans l'arrondissement desquels les biens sont situés».

[3]– راجع المادة 921 من ق ف، إضافة للصفحة 201 من هذه الدراسة.

الفرنسي وبمقتضى نفس المادة أجاز إمكانية الرجوع عن الهبة لأسباب ثلاث[1]، هي عدم تنفيذ الشروط المتفق عليها في عقد الهبة، أو جحود الموهوب له ونكرانه لجميل الواهب، أو ولادة ابن للواهب.

I- عدم تنفيذ الشروط المتفق عليها في عقد الهبة[2] :

حيث يمكن للواهب إذا أخل الموهوب له بالالتزامات التي تمت الهبة على أساسها أن يطالب بفسخ الهبة[3]، وطلبه هذا يعتبر بمثابة فسخ يخضع للسلطة التقديرية للقاضي من حيث موافقة الواهب فيه بقبول الطلب، أو منح مهلة للموهوب له حتى ينفذ الشروط التي تم الاتفاق عليها سابقا، أو رفض الطلب مع إمكانية انتقال حق الرجوع إلى الورثة وفق الدعوى غير المباشرة م 1166 التي تم التعرض لها سابقا[4].

II- جحود الموهوب له[5]:

حيث أجاز القانون المدني الفرنسي في المادة 955 منه رجوع الواهب عن هبته عقوبة للموهوب له في حال جحود هذا الأخير ونكرانه لجميل الواهب، إلا أن هذا

1- Article 953 : « La donation entre vifs ne pourra être révoquée que pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle aura été faite, pour cause d'ingratitude, et pour cause de survenance d'enfants ».

2- Cf. WATGEN Monique ,WATGE Raymond, Successions et donations, 4e édition, Editions Promoculture Luxembourg, 1997, pp.287-288 ; DELNOY Paul, Les libéralités et les successions, Précis de droit civil , 3e édition, Larcier, 2009 ,pp.56-57 ; DE LEVAL Georges, Droit du recouvrement, la saisie immobilière, Bruxelles, 4e édition, Larcier, 2002, p.281.

3- Cass. Civ., 1 re, 28 mai 2015, 14-13.479, www.legifrance.gouv.fr.

4- راجع الصفحة 198 من هذه الدراسة.

5- Cf. WATGEN Monique ,WATGE Raymond, op.cit., pp.291-296 ; Paul Delnoy, op.cit.,p.56 ; DE LEVAL Georges, op.cit., p.282.

الرجوع محصور في صور ثلاثة نصت عليها ذات المادة [1] ألا وهي:

أ- الاعتداء على حياة الواهب.

ب- سوء معاملة الواهب أو ارتكاب ما يعتبر جنحة أو قذف جسيم.

ج- الامتناع عن الانفاق.

هذا وكثيرا ما تدخل القضاء لتبيان تفصيل هذه الحالات[2]، مع نص القانون المدني في المادة 959 منه [3] في إطار ما يعتبر جحودا يخول الواهب الرجوع في هبته، على أن الهبات المقدمة بمناسبة الزواج لا يمكن أن تكون محل رجوع بسبب الجحود.

III- ولادة ابن للواهب[4]:

حيث نظم القانون المدني الفرنسي هذه الحالة في المواد 960 إلى 966، وقرنها بداية بوجود شرط صريح في عقد الهبة يقضي بإمكان رجوع الواهب عن هبته إذا ظهر له ولد أو حفيد بعد الهبة، مع شمول الرجوع للهبة لكل صورها بصرف النظر عن نوعها أو سببها[5].

---

[1] –Article 955: « La donation entre vifs ne pourra être révoquée pour cause d'ingratitude que dans les cas suivants:

1° Si le donataire a attenté à la vie du donateur ;

2° S'il s'est rendu coupable envers lui de sévices, délits ou injures graves ;

3° S'il lui refuse des aliments ».

[2] – Cass. Civ., 1 re, 11 février 2015, 14-12.012 ; Cass. Civ., 1 re, 4 mars 2015, 14-13.329, Cass. Civ., 1 re, 23 septembre 2015, 14-21.135 ; www.legifrance.gouv.fr.

[3] – Article 959: « Les donations en faveur de mariage ne seront pas révocables pour cause d'ingratitude ».

[4] – Cf. WATGEN Monique ,WATGE Raymond, op.cit., pp.296-297; DE LEVAL Georges, op.cit., p.282.

[5] – Article 960 : « Toutes donations entre vifs faites par personnes qui n'avaient point d'enfants ou de descendants actuellement vivants dans le temps de la donation, de quelque valeur que ces donations puissent être, et à quelque titre qu'elles aient été faites, et encore qu'elles fussent mutuelles ou rémunératoires, même celles qui auraient été

أما ما تفترضه هذه الحالة، فهو أن الواهب لم يكن له ولد أو حفيد وقت الهبة. أما وجود الشرط فيفسخ الهبة بدعوى لا مكان فيها لسلطة القاضي التقديرية حينما يتأكد من تحقق الشرط. مع ملاحظة أن المادة 966 ق م ف[1] قرنت دعوى الرجوع حينما بعدم سقوطها بمرور 5 سنوات على تاريخ ولادة أو تبني الواهب للولد الأخير.

ثم ما تجدر الإشارة إليه كذلك في هذا المجال، أنه وإضافة إلى مسوغات الرجوع عن الهبة وفقا للمادة 953 ق م ف أعلاه، أضاف القانون المدني الفرنسي حالة أخرى يمكن للواهب الرجوع فيها عن هبته ممثلة في رجوع الأزواج عن هباتهم المقدمة أثناء فترة الزواج[2] وفق المادة 1096 ق م[3]، حيث اعتبر الهبات الممنوحة أثناء الزواج كلها قابلة للرجوع فيها من خلال احترام الشروط المنصوص عليها في المواد 953 إلى 958 ق م.

faites en faveur de mariage par autres que par les conjoints l'un à l'autre, peuvent être révoquées, si l'acte de donation le prévoit, par la survenance d'un enfant issu du donateur, même après son décès, ou adopté par lui dans les formes et conditions prévues au chapitre Ier du titre VIII du livre Ier ».

1– Article 966: « L'action en révocation se prescrit par cinq ans à compter de la naissance ou de l'adoption du dernier enfant. Elle ne peut être exercée que par le donateur ».

2– Cf. WATGEN Monique, WATGE Raymond, op.cit., pp.285,286.

3– Article 1096 : « La donation de biens à venir faite entre époux pendant le mariage est toujours révocable.
La donation de biens présents qui prend effet au cours du mariage faite entre époux n'est révocable que dans les conditions prévues par les articles 953 à 958 ».

ثانيا: الرجوع عن الهبة في الفقه المالكي:

تعرف الهبة في الفقه المالكي[1] على أنها تمليك عين (ذات) بغير عوض، حيث يخرج من مفهوم تمليك الذات تمليك المنفعة، فلا يسمى بذلك هبة مثلا العارية والوقف[2]. وللهبة في الفقه المالكي أربعة أركان هي[3] واهب، وموهوب له، وموهوب، وصيغة:

أما الواهب فهو المعطي الأهل للتبرع، فلا تصح مثلا هبة الصبي أو المجنون أو المكره، فضلا عن كون الهبة في مرض الموت تكون في حدود الثلث، وإذا تجاوزته احتاجت إجازة الورثة. والموهوب له هو كل أهل للتمليك سواء كان موجودا " كفلان من الناس " أو سيوجد " كمن سيوجد من أبناء فلان من الناس "، أو جهة اعتبارية كالمستشفيات والمشاريع الخيرية.

وبخصوص الموهوب فهو كل مملوك للواهب منتفعا به شرعا، فلا يجوز مثلا هبة الخمر والميتة وما لا ينتفع به شرعا. لتبقى الصيغة ممثلة في الإيجاب والقبول. مع التنويه إلى أن الهبة تنعقد بهما صحيحة دونما حاجة إلى الموهوب، ذلك أن الحيازة في المذهب المالكي شرط لتمام عقد الهبة لا شرط لصحة العقد، إذ يكفي لانعقادها صحيحة وجود إيجاب وقبول لابد منه.

وكما هو الحال في القانون المدني الفرنسي أعلاه، نجد الفقه المالكي يحيط هذا النوع من التصرفات بالكثير من الضمانات تنبيها لخطورتها تؤثر على الرجوع،

---

[1]- أبو عبد الله المواق المالكي، المرجع السابق، ج8، ص3؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير، المرجع السابق، ج4، ص97. الخرشي المالكي، المرجع السابق، ج7، ص. 102.

[2]- الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، المرجع السابق، ج4، ص. 247.

[3]- الصادق عبد الرحمان الغرياني، نفس المرجع، ص. 248 وما يليها.

ويتمثل ذلك في التفريق بين الرجوع في هبة الأجنبي، والرجوع في هبة الوالدين عن هبتهم للأبناء وفق ما يعرف بالاعتصار[1].

وعلى ذلك اعتبر المالكية كل رجوع في الهبة في غير حالات رجوع الوالد في هبته لولده، أو الأم في هبتها لولدها هو رجوع في هبة الأجنبي، وليس لهذا الأجنبي أن يرجع في هبته في غير إطار الاعتصار، ودليل ذلك قوله صلى الله عليه وسلم " لا يحل لأحد أن يهب هبة ثم يرجع فيها، إلا من ولده، فمن فعل ذلك فمثله كمثل الكلب يأكل ثم يقيء ثم يعود في قيئه [2] ".

هذا وحتى في الحالة التي يجيز فيها المالكية رجوع أحد الوالدين عن هبته للأولاد، فهم يقيدون هذا الرجوع بقيود خمسة هي[3]:

- أن يقصد بها ذات الولد في غير الصدقة أو التبرع للحاجة أو كثرة الأبناء حيث لا يجوز للواهب من الوالدين الرجوع عن هبته حينها، ما لم يشترط الواهب حين الهبة إمكان رجوعه عن الهبة ولو في تلك الاحوال.

- ألا يكون الواهب قد اشترط عدم الرجوع، لأن الشرط يلزمه.

---

[1]- " الاعتصار معناه استرداد الواهب هبته من الموهوب له، جبرا من غير عوض، وهو خاص بهبة الأب أو الأم للأبناء أو البنات، أما سائر الناس غير الآباء والأمهات، ولو كانوا أقارب كالأجداد أو الأخوة، فلا رجوع لهم فيما وهبوه ..."، الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، المرجع السابق، ج 4، ص. 260.

[2]- أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي، السنن الصغرى، المجتبى، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، ج6، الطبعة الثانية، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، سوريا، 1986، ص. 265.

[3]- الصادق عبد الرحمان الغرياني، نفس المرجع، ج4، ص 260، 261؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج4، ص .110 وما يليها؛ ابن جزي، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص. 241، 242؛ أبو عبد الله المواق المالكي، المرجع السابق، ج8، ص. 26-28؛ شهاب الدين احمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، ج6، المرجع السابق، ص. 223 وما يليها؛ الحطاب الرعيني المالكي، المرجع السابق، ج6، ص. 49 وما يليها.

– فوات الشيء الموهوب بما ينقله كالبيع أو يغيره.

– التزام الابن ماليا بسبب الهبة كزواجه أو مداينة الناس منها، أما إذا كانت هذه الالتزامات قبل الهبة، فلا مانع من استرجاع الواهب من الوالدين لها.

– مرض الواهب أو الموهوب له، ما لم تكون الهبة قد تمت زمن المرض، أما إذا كانت قبله فلا مكان لإرجاعها من الواهب أبا كان أو أما.

وإضافة إلى هذه القيود، يضيف المالكية لرجوع الأم عن هبتها قيد عدم تعلق هبته بولدها اليتيم، فمتى وهبت لابنها اليتيم قبل البلوغ فقدت إمكان الرجوع في الهبة لحمل هبتها على الصدقة التي لا يجوز الرجوع عنها.

أما الرجوع للأجنبي في غير أحوال هبة أحد الوالدين أعلاه، فيفرق فيه بين الحالة التي يكون فيها الرجوع قبل قبض الهبة، والرجوع الذي يكون بعد القبض، حيث رأينا في الصيغة كركن من أركان الهبة أعلاه أن المالكية يعتبرون الهبة صحيحة بمجرد تطابق الإيجاب والقبول فيها، وأن شرط الحيازة أو قبضها هو شرط لتمام العقد لا شرط صحتها.

وعلى ذلك يلزم عقد الهبة عند المالكية بمجرد تطابق إرادتي الواهب والموهوب له فيها، ومن ثمة ليس للواهب الرجوع في هبته للزومها[1]. أما إن قبض الموهوب له

---

[1]– " ... وقال مالك: ينعقد بالقبول ويجبر على القبض كالبيع سواء، فإن تأنى الموهوب له عن طلب القبض حتى أفلس الواهب أو مرض بطلت الهبة، وله إذا باع تفصيل: إن علم فتوانى لم يكن له إلا الثمن، وا ٍن قام في الفور كان له الموهوب.

فمالك: القبض عنده في الهبة من شروط التمام لا من شروط الصحة، وهو عند الشافعي، وأبي حنيفة من شروط الصحة. وقال أحمد، وأبو ثور: تصح الهبة بالعقد، وليس القبض من شروطها أصلا، لا من شرط تمام ولا من شرط صحة، وهو قول أهل الظاهر. وقد روي عن أحمد بن حنبل أن القبض من شروطها في المكيل والموزون.

الهبة، فإن القول بعدم جواز الرجوع فيها هو من باب أولى في الفقه المالكي مادامت لازمة قبل القبض بمجرد تطابق الإيجاب والقبول. أما الاستثناء فهو حالة الاعتصار المقتصرة على أحد الوالدين وفق القيود أعلاه.

وكخلاصة لأحكام الرجوع عن الهبة مقارنة بين أحكام القانون المدني الفرنسي والفقه المالكي، يلاحظ أن كلا منهما بدأ بالتنبيه إلى خطورة الهبة من خلال إحاطة هذا النوع من التصرفات بضمانات، لينصا معا بعد ذلك على مبدأ عام بخصوص الرجوع فيها يرد عليه استثناءات وان اختلفت صور الاستثناءات، ذلك أن المشرع الفرنسي نظم الرجوع عن الهبة من خلال الانطلاق من قاعدة عامة مفادها عدم إمكان الرجوع عن الهبة قياسا على عدم إمكان استقلال أحد المتعاقدين بنقض العقد المتوفر على قوته الملزمة. إلا أن هذه القاعدة مستثناة بمسوغات ثلاث إذا توفرت جاز للواهب الرجوع في هبته. مع الإشارة إلى أن الحكم بتوفر المسوغات عند النزاع والحكم للواهب بإمكانية الرجوع حينها يكون بمثابة إلغاء للعقد.

أما المالكية فحددوا أحكامها انطلاقا من أركانها الأربعة، ليقولوا كذلك بعد ذلك بمبدأ عام مفاده عدم إمكان الرجوع عن الهبة متى كانت من أجنبي لا تربطه بالموهوب له علاقة أبوة أو أمومة. أما إذا كان الرجوع من أب أو أم عن هبة أحدهما لولدهما، أمكن التسليم برجوعه عنها استثناء ضمن ما يسميه المالكية الاعتصار المحدد هو الآخر بحالات مقيدة بقيود لا يمكن للراجع منهما عن هبته أن يتجاوها.

فعمدة من لم يشترط القبض في الهبة تشبيهها بالبيع، وأن الأصل في العقود أن لا قبض مشترط في صحتها حتى يقوم الدليل على اشتراط القبض.. " ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد، المرجع السابق، ج4، ص. 114؛ وراجع في نفس المعنى راجع، الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج4، ص 251؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير، المرجع السابق، ج4، ص. 101؛ ابن جزي، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص. 242.

الفرع الثاني
إلغاء العقد

من خلال تقسيم العقود إلى فورية، وأخرى مستمرة يعتبر عنصر الزمن فيها عنصرا جوهريا يمد تنفيذ التزاماتها، تقتضي الضرورة في هذه الأخيرة التسليم فيها بإمكان استقلال أحد المتعاقدين بإلغائها قبل انتهاء مدتها، وهو ما أخذ به القانون المدني الفرنسي في هذا النوع من العقود ممثلة في العارية (أولا)، والوديعة (ثانيا)، الوكالة (ثالثا)، حيث نحاول البحث عن مدى تأثر القانون المدني الفرنسي في تنظيمها بالفقه المالكي من خلال كل منها باعتبارها أهم نماذج عقود الزمن وفق التالي:

أولا: العارية:

بالرجوع إلى القانون المدني الفرنسي، نجده قد تناول أحكام عقد العارية تحت عنوان عارية الاستعمال بداية من المادة 1875 إلى 1891 منه، حيث عرفها في المادة 1875 على أنها عقد يلتزم بموجبه المعير بأن يسلم المستعير شيئا غير قابل للاستهلاك لمدة معينة أو لغرض معين، على أن يرده بعد الاستعمال[1]. مع الإشارة إلى قيام حينها على التبرع كما جاء في نص المادة 1876 من ذات القانون[2].

إلا أن ما نعنى به في هذا الموضوع في إطار إلغاء العقود، فهو إنهاء عقد العارية من أحد المتعاقدين، ذلك أن المشرع الفرنسي وإن اعتبر العارية من العقود الملزمة طيلة

---

[1]- Article 1875: « Le prêt à usage ou commodat est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi ».

[2]- Article 1875 : « Ce prêt est essentiellement gratuit ».

مدقما المتفق عليها وفق نص المادة 1888 منه[1]. غير أنه ووفق المادة 1889 ق م[2]، أجاز للمعير أن ينهيها في أي وقت شاء قبل انتهاء مدقما، متى جدت حاجته العاجلة للشيء للمستعار بما لم يكن متوقعه من قبل، فإذا لم يقبل المستعير وتمسك بضرورة اتمام العقد لعدم انتهاء مدته رفع المعير طلبه للقاضي، حيث يمكن لهذا الأخير أن يحكم للمعير بإلغاء العقد وفق سلطته التقديرية إذا وجد أن حاجة المعير بالشيء المستعار ملحة فعلا، ومن ثمة وجب رده إليه من المستعير[3] .

هذا وفي كل الأحوال يلزم المعير رد ما صرفه المستعير على الإعارة لغرض حفظها بما هو ضروري مستعجل يفاقمه التأخر لاستئذان المعير وفق المادة 1890 ق م ف[4].

أما ما يقابل ذلك في الفقه المالكي، فنشير فيه بداية إلى أن المالكية يعرفون العارية على أنها تمليك منافع العين مؤقتا بلا عوض[5]، وهو تعريف مختصر لما ذهب إليه القانون الفرنسي في المادة 1875 أعلاه. ليتفق الفقه المالكي والقانون الفرنسي في

1- Article 1888: « Le prêteur ne peut retirer la chose prêtée qu'après le terme convenu, ou, à défaut de convention, qu'après qu'elle a servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée ».

2 -Article 1889: « Néanmoins, si, pendant ce délai, ou avant que le besoin de l'emprunteur ait cessé, il survient au prêteur un besoin pressant et imprévu de sa chose, le juge peut, suivant les circonstances, obliger l'emprunteur à la lui rendre ».

3 -Cass. Civ., 1 re, 19 novembre 1996, 94-20.446 ; Cass. Civ., 3ème, du 4 mai 2000, 98-11.783 ; Cass. Civ., 3ème, 19 janvier 2005, 03-16.623, www.legifrance.gouv.fr.

4 -Article 1890 : « Si, pendant la durée du prêt, l'emprunteur a été obligé, pour la conservation de la chose, à quelque dépense extraordinaire, nécessaire, et tellement urgente qu'il n'ait pas pu en prévenir le prêteur, celui-ci sera tenu de la lui rembourser ».

5- أبو عبد الله المواق المالكي، المرجع السابق، ج7، ص. 296؛ ضياء الدين الجندي المالكي المصري، المرجع السابق، ج6، ص485؛ الحطاب الرعيني المالكي، المرجع السابق، ج5، ص. 271؛ ابن جزي، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص. 245.

حكم العارية ولزومها طيلة مدتها المتفق عليه وفق ما جاء في المادة 1888 ق م ف، مع ملاحظة أن المالكية[1] يفرقون هنا بين الاستعارة المقيدة بأجل، والأخرى المطلقة غير المقترنة بأجل. فإن كانت لأجل ليس للمعير أن يرجع فيها قبل انتهاء أجلها، وإن كانت لغير أجل لزم المعير إبقاءه عند المستعير مدة تحتاجها وفق المعتاد بين الناس.

وعلى ذلك قال المالكية بإمكان إنهاء عقد العارية المطلقة بإرادة المعير تأسيسا على انتهاء مدتها المألوفة، أما إذا تم إنهاءها قبل انتهاء مدتها المعتادة في العارية غير المقيدة بمدة لزمه تعويض المستعير كل ما أنفقه كما لو بدأ في غرس الأرض المستعارة وأنهى المعير الإعارة قبل انتهاء المدة التي تحتاجه أعمال جني المحصول عادة[2].

ليتفق من خلال ما سبق كل من الفقه المالكي والقانون الفرنسي بالانطلاق من مبدأ مفاده لزوم عقد العارية. أما الاستثناء، فهو إمكان إنهائها من المعير وان اختلف سبب الاستثناء حينها، حيث في الوقت الذي يؤسسه القانون الفرنسي على حاجة

---

[1]-" .. إذا أعار شيئاً إلى مدة لم يكن له أخذه قبلها لأن المدة قد صارت حقًّا للمستعير فلم يكن للمعير الرجوع فيها كما ليس له الرجوع في الهبة، وأما العارية المطلقة فليس له الرجوع فيها إلا بعد أن ينتفع المستعير بها انتفاع مثلها. لأن العارية هي هبة المنافع أو تمليكها، فإن كانت مدة معلومة انحصرت عليها وإلا لزم من ذلك ما ينتفع في مثله من المدة لأنه لو جاز له أخذها قبل ذلك لكان رجوعاً في العارية لأنه قد جعل على نفسه إباحة المنفعة وقد ملك ذلك المستعير فلم يكن للمعير إبطاله عليه."، البغدادي المالكي، المرجع السابق، ص. 2010 وراجع في لزوم العارية كذلك، التفريغ ، ج2، ص. 286؛ شهاب الدين احمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، المرجع السابق، ج6، 221؛ حاشية الصاوي على الشرح الصغير، المرجع السابق، ج3، ص. 577؛ الحطاب الرعيني المالكي، المرجع السابق، ج5، ص. 271.

[2]-" إن أجلت العارية بزمن، أو انقضاء عمل لزمت إليه، وإن لم تؤجل كقوله أعرتك هذه الأرض، أو هذه الدابة، أو الدار، ... ففي صحة ردها ولو بقرب قبضها ولزوم قدر ما تعار إليه ثالثها إن أعاره لسكنى، أو غرس، أو بناء فالثاني، وإلا فالأول الأول لابن القاسم فيها مع أشهب، والثاني لغيرهما، والثالث لابن القاسم في الدمياطية فقول للمصنف، وإلا فالمعتاد مخالف بظاهره للمدونة إلا أن ابن يونس صوبه اه.

بن (قوله إذ له ذلك) أي لربها أخذها قبل مضي ما جرت العادة إن تعار إليه ..."، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير، المرجع السابق، ج3، ص. 439 وراجع في نفس المعنى، الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج4، ص. 38، 39.

المعير بالمادة المستعارة لظروف طرأت أجبرته على إنهاء الإعارة يجعلها المالكية مقيدة .بمرور المدة المعتادة لحاجة المستعير بالإعارة في مثل عقود الاعارة المشابهة. أما في الحالة التي يلحق بالمستعير ضرر مادي نتيجة إنهاء المعير للإعارة، اتفق الفقه المالكي والقانون لفرنسي على حقه في الاستفادة من تعويض.

ثانيا: الوديعة:

نص المشرع الفرنسي على تعريف عقد الوديعة في المادة 1915 ق م ف، حيث اعتبرها عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئا منقولا إلى المودع لديه على أن يحافظ عليه لمدة معينة ثم يرده عينا[1]. غير أن ما يهمنا في مجال الوديعة ، فهو الإلغاء الأحادي الجانب للوديعة[2] وفق المادة 1944 ق م ف[3] التي نصت على جواز إلغاء المودع لعقد الوديعة حتى إذا تم ذلك قبل انتهاء المدة المحددة لها، وذلك من خلال استرداد الشيء المودع عند أول طلب منه.

وتعرف الوديعة في الفقه المالكي على أنها " توكيل في حفظ مال دون عوض، وهي أمانة غير لازمة لهما إلا لعارض"[4]، ليكون ركنها الأول بذلك هو الإنابة في حفظ المال[5]، وهو ما أشار إليه المشرع الفرنسي في المادة 1915 ق م ف أعلاه .

---

[1] –Article 1915 : « Le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature ».

[2] –Cf. WERY Patrick, op.cit., p.819.

[3] –Article 1944: « Le dépôt doit être remis au déposant aussitôt qu'il le réclame, lors même que le contrat aurait fixé un délai déterminé pour la restitution ; à moins qu'il n'existe, entre les mains du dépositaire, une saisie-arrêt ou une opposition à la restitution et au déplacement de la chose déposée ».

[4] –الدِّمياطي المالكي، المرجع السابق، ج2، ص. 726.

[5] –شهاب الدين احمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، المرجع السابق، ج 9، ص. 138.

أما جواز إنهاء الوديعة، فهو مما يدل عليه عدم لزومها، إذ يقول المذهب المالكي[1] بإمكان إنهاءها من أحد طرفيها ولو تم ذلك قبل انتهاء مدتها، حيث تنتهي الوديعة بإرادة المودع من خلال طلبها من المودع لديه والتزام الأخير برد الأمانة، في ذات الوقت الذي يستطيع فيه المودع لديه ردها لصاحبها فيلتزم المودع بالقبول[2]، وهو نفس ما ذهب إليه الفقه الإسلامي[3] بمجموع مذاهبه، وذهب إليه المشرع الفرنسي في المادة 1944 أعلاه.

ثالثا: الوكالة:

رأينا سابقا[4] حين البحث في موضوع النيابة في التعاقد أن المشرع الفرنسي نظم أهم مظهر من مظاهرها عند تفصيله لعقد الوكالة من المادة 1984 إلى 2010، ذلك أن هذه الأخيرة ما هي في نهاية الأمر إلا نوع من أنواع النيابة التعاقدية ممثل في النيابة التعاقدية.

غير أن ما يتعلق بموضوع انهاء العقد في هذا الإطار، فهو ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 2003 ق م ف[5] من جواز تنحي الوكيل قبل انتهاء عقد الوكالة،

---

[1]- " ومما جاء في ذلك ، يجب على المودع رد الودائع إلى أهلها إذا طلبوها دون تأخير ومماطلة، قال تعالى : " إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها " ومن حق المودع أن يرد الوديعة متى شاء ."،الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج4، ص22.

[2]- ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد، المرجع السابق، ج4، ص. 94؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير، المرجع السابق، ج3، ص. 419.

[3]- ومما جاء في ذلك " ينتهي عقد الإيداع بما يأتي: استرداد الوديعة أو ردها: إذا استرد المودع الوديعة أو رد الوديع الوديعة، انتهى الإيداع، لأن الإيداع عقد غير لازم ينتهي بالاسترداد أو الرد...."، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، الطبعة 4، ج5، ص. 4034.

[4]- راجع الصفحة 73 من هذه الدراسة.

[5]- Article 2003 : « Le mandat finit :
Par la révocation du mandataire,

شريطة أن يكون هذا التنحي في وقت لائق وفق ما نصت عليه المادة 1991 ق م ف[1]. مع الإشارة في ذات السياق إلى جواز عزل الوكيل من قبل الموكل قبل انتهاء الوكالة وفق ذات المادة أعلاه (2003 ق م ف)، وهو ما يجعل الوكالة من العقود التي يستطيع كل من المتعاقدين[2] أن يستقل بإلغائها كما في الاحتمالين السابقين.

أما عن إنهاء الوكالة في الفقه المالكي، فجدير بالإشارة أولا إلى أن هذا الانهاء يفترض أن نكون أمام وكالة بغير عوض لا وكالة بعوض تكون فيها الالتزامات متبادلة. فإذا كانت الوكالة بغير عوض، كانت على سبيل التفضل من الوكيل، وهو ما يخوله تركها متى شاء، في ذات الوقت الذي يستطيع فيه الموكل عزل الوكيل متى شاء[3]، والسبب أن هذا النوع من الوكالة غير لازم لكليهما[4]، وهو ما يتفق مع نص المادة 2003 من ق م ف أعلاه.

هذا وإن كان الفقه المالكي يتفق مع القانون المدني الفرنسي في مبدأ حق الوكيل والموكل في إنهاء الوكالة غير المقترنة بعوض، يلاحظ أن الفقه المالكي يقيد حق

Par la renonciation de celui-ci au mandat,

Par la mort naturelle ou civile, la tutelle des majeurs ou la déconfiture, soit du mandant, soit du mandataire ».

[1] -Article 1991 : « Le mandataire est tenu d'accomplir le mandat tant qu'il en demeure chargé, et répond des dommages intérêts qui pourraient résulter de son inexécution.

Il est tenu de même d'achever la chose commencée au décès du mandant, s'il y a péril en la demeure ».

[2]-Cf. WERY Patrick, Droit des contrats , le mandat, Brussel, Larcier, 2000, pp.305-310.

[3]- " للموكل عزل وكيله وللوكيل أن ينحل عن الوكالة متى شاء أحدهما اتفاقا إلا في وكالة الخصام، فليس لأحدهما بعد أن انتشب الخصام والمفوض والمخصوص إليه سواء ..."، عليش أبو عبد الله المالكي، المرجع السابق، ج6، ص. 361؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير، المرجع السابق، ج3، ص. 379.

[4]- الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، المرجع السابق، ج4، ص. 127.

الموكل في انهاءه بعدم تعلق التوكيل بما يعرف في المذهب المالكي بالوكالة في الخصومة[1] حينما يشرع الوكيل في مباشرة الخصومة، مع التنويه في ذات النطاق إلى أن الوكيل لا يستطيع ترك الوكالة بالخصومة حينما تقترب الدعوى من الفصل فيها[2]، لما في ذلك من ضرر قد يلحق الوكيل يؤدي إلى طول الخصومة المتعلقة بالوكالة، والحكم هنا يتعلق بنوعي الوكالة عوضية كانت أو على سبيل التبرع من الوكيل .

وعلى ذلك يظهر توافق القانون المدني الفرنسي مع الفقه المالكي في المبدأ، توافقهما في الفكرة التي يؤسس عليها كلا منهما الاستثناء، ذلك أنه في الوقت الذي يقول فيه القانون الفرنسي في المادة 1991 بضرورة أن يختار الوكيل الوقت اللائق لتنحيه، يجبر الفقه المالكي الوكيل مثلما يجبر الموكل بألا يلجأ إلى انهاء الوكالة حينما يترتب على انهاءها ضرر ولو كانت بغير عوض، ومثالها اقتراب الخصومة المرتبطة بوكالة من الفصل فيها بما يمنع ترك الوكيل لها، منع الموكل من عزل الوكيل فيها.

---

[1]- وهي توكيل المحامي ليخاصم بدل الموكل، الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، المرجع السابق، ج4، ص. 129.

[2]- " ومن بدأ في الخصام بنفسه، ولم يوكل، وجالس خصمه في مجلس القضاء جلسات متكررة، وانعقدت بينهما المقالات، حتى قاربت الدعوى أن يفصل فيها، فلا يجوز له بعد ذلك أن يتنحى عن الخصومة، ويوكل غيره من غير عذر، لما في ذلك من الإعنات وإطالة الخصومة، وكثرة الشك. وكذلك إذا وكل وكيلا من بادئ الأمر، وقاعد الخصم جلسات متكررة سمعت فيها المقالات، فلا يجوز له أن يعزله، ويوكل غيره من غير عذر، إلا برضا الخصم، وكذلك ليس للوكيل أن يعزل نفسه ويترك الدعوى، بعد ان جالس خصمه مرارا في مجلس القضاء، لما في عزل نفسه، وتولي غيره استئناف الخصومة وإطالتها، إلا لعذر، كان حدث له سفر، أو مرض ... ومن العذر الذي يجوز معه عزل الوكيل بالخصومة، وإحلال غيره محله، تبين عدم كفايته وقدرته على الإدلاء بالحجج، أو فتوره وتفريطه وعدم اهتمامه، أو ميله إلى الخصم."، الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، المرجع السابق، ج4، ص. 130-131؛ وفي نفس المعنى، أبو عبد الله المواق المالكي، المرجع السابق، ج7، ص. 169؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير، المرجع السابق، ج3، ص. 378، 379.

خَاتِمَةٌ

ختاما لما سبق، يجدر الإقرار بأن موضوع تأثير الفقه المالكي على القانون المدني الفرنسي من المواضيع التي لا يمكن التطرق إليها من خلال نموذج واحد من مواضيعه المتشعبة وإن تعلق هذا النموذج بما يعتبر أهم نظرية من نظريات هذا القانون ممثلة في العقد، إذ لا يعدو الأمر أن يكون مجرد تسليط الضوء على إشكالية ظلت محل أخذ ورد لحقب زمنية متعاقبة، خاصة أن هكذا محاولة تحتاج إلى عمل جماعي جبار شأنها شأن الدراسات المقارنة قاطبة وقد تضمن التقنين الفرنسي أكثر من ألفين مادة تصنف في أغلبها ضمن النظريات القانونية التأصيلية.

إلا أنه ورغم ذلك، يمكن الإنهاء بخلاصة من النتائج، حيث رغم كل محاولات التشكيك في الفقه الإسلامي من حيث رقيه وقيمته القانونية، إلا أن هذا الأخير سبق القانون الفرنسي وقبله التشريع الروماني، في تقرير الكثير من النظم الراقية والمبادئ العظيمة التي لم تصل هذه المجتمعات إلا لبعضها وفي العصور الأخيرة فقط، وهو ما جعل القانوني الدارس له من خارج الانتماء إليه يقر بمكانته الأصيلة كتراث ساهم في تطوير الأنظمة القانونية العالمية. وتجسد ذلك أكثر في اعتراف الكثير من الغربيين المنصفين بأصالته ومرونته وثراءه، في الوقت الذي شهدت له مؤتمرات القانون المقارن بهذه المكانة والقيمة العلمية.

ظهر جليا أن القانون المدني الفرنسي من خلال تقنينه وفقهه يتفق كل الاتفاق مع ما تميز به الفقه المالكي قبل عقود من خلال منهجية البحث عن حلول عملية من أصول توفر المرونة الاجتهادية، إذ ينطلق كلا منهما من مبادئ وقواعده كلية تستنبط منها أحكام تفصيلية مسايرة لتطور الإنسان في أي زمان وبأي مكان. وتمثل ذلك في نصوص قانونية قال بها القانون الفرنسي تقترب في صياغتها من القواعد الفقهية الأصولية المالكية، فأنتجت تطبيقات تستوعب كافة مستجدات الحياة والبيئة الاجتماعية، وهو ما تجسد في البحث الدائم عن حلول عملية أخرجت القانون المدني

الفرنسي من سلبية جمود الثبات. مما أنتج اتفاق القانون المدني الفرنسي والفقه المالكي في جل المبادئ التي تعرضت لها الدراسة، وإن اختلفوا أحيانا في إسقاط هذه المبادئ على بعض الحالات التفصيلية.

أما عن موضوع الدراسة الممثل في " العقد "، فلا يمكن التشكيك في وجود تشابه بخصوصه يكاد يكون مطلقا بين القانون المدني الفرنسي والفقه المالكي، بداية بالشق الأول المتمثل في تكوين العقد وبطلانه؛ وصولا إلى الشق الثاني المتمثل في آثاره وانحلاله. مع الإشارة حينها إلى أن القول بإمكان وجود أثر للقانون الروماني على القانون الفرنسي في هذه المواضيع مجافاة للحقيقة الموضوعية، ذلك أن هذا الأخير تميز بكونه شكلي بامتياز، وهو ما جعل موقفه إما مغاير لموقف القانون المدني الفرنسي في الكثير من المواضيع المنضوية تحت نطاق نظرية العقد كما رأينا، أو أنه لم ينظم هذه المواضيع بذات التفصيل المتفق فيه بين القانون المدني والفقه المالكي كما ظهر من خلالها.

ونتيجة لاتساع دائرة المتفق عليه تنظيما بين القانون المدني الفرنسي والفقه المالكي، وضيق دائرة المواضيع التي لم يحدث الاتفاق فيها، نستعرض مواطن الاختلاف لقلتها وسهولة حصرها، وذلك من خلال نقاط مركزة وقد سبق التطرق إليها في أماكنها، حيث انطلق كلا منهما من ركن التراضي في الباب الأول المتعلق بتكوين العقد، واتفقا في جل عناصر هذا التراضي من خلال تنظيم وجوده ثم صحة هذا الوجود، أما اختلافهما فانحصر في نقاط قليلة ممثلة في:

- موقفهما من صلاحية الإرادة المنفردة لإنشاء الالتزامات تحت عنوان الصور الخاصة للتعبير عن الإرادة، حيث ظهر جليا أن القانون المدني الفرنسي لا يتوافق مع الفقه المالكي في مدى قدرة الإرادة المنفردة لتكون مصدرا للالتزام الإرادي، ذلك أنه

في الوقت الذي يتوسع المالكية فيه بالقول بقدرة الارادة المنفردة على إنشاء الالتزامات، بل يجعلوها مصدرا عاما للالتزام الإرادي تشكل مع العقد ما يعرف بالتصرف القانوني، يؤمن القانون الفرنسي بوحدانية العقد في مجال التصرف القانوني الإرادي مما يحتم وجود ارادتين لإنشائه. و لم يجعل للإرادة المنفردة إلا هامشا ضيقا من خلال بعض الاجتهادات القضائية السائرة على خطى فقهه الحديث.

كما يلاحظ أن مسايرة الفقه الفرنسي الحديث لما قال به الفقه المالكي في هذا المجال قبل قرون، سبقه إقرار القوانين المدنية الحديثة بقدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزامات وإن جعلوها في حيز أضيق من حيز العقد، وتقدم تلك القوانين، القانون المدني الألماني.

– موقفهما من الزامية الإيجاب غير المقيد بمدة في عنصر الإيجاب وأهم حالاته الخاصة، حيث أن القانون المدني الفرنسي وإن قال بالقوة الملزمة للإيجاب شأنه شأن الفقه المالكي وعدم استطاعة صاحبه العدول عنه متى حدد له ميعادا يلتزم بالبقاء عليه طيلة تلك المدة، إلا أن هذه الإلزامية تختفي عنده في الإيجاب غير المقيد بمدة. ومن ثمة يستطيع الموجب العدول عن إيجابه ما لم يقترن بالقبول، عكس المذهب المالكي الذي يتشدد أكثر في الزامية الإيجاب ولو لم يتعلق بمدة، ذلك أن صاحبه لا يستطيع الرجوع عنه طالما لم يصدر قبول من الطرف الآخر قبل انفضاض المجلس.

وفيما يخص الوعد بجائزة باعتباره من الصور الخاصة للإيجاب، يمتد الاختلاف في الموقف فيها بين القانون المدني الفرنسي والفقه المالكي تبعا لاختلافهما السابق في قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزامات. وهو ما جعل الفقه المالكي يؤسس هذا النوع من التصرفات على أساس الإرادة المنفردة، عكس القانون الفرنسي الذي يعمل أحكام العقد على الوعد بجائزة.

– موقفهما من تنظيم عقود الإذعان من خلال مواضيع القبول وأهم حالاته الخاصة، حيث اتضح أن الفقه المالكي لا يوافق القانون المدني الفرنسي في فكرة الإذعان، إذ أنه يرفض الاحتكار بوجه عام إلا ما كان منه جائزا وفي دائرة ضيقة جدا أبرزها بيع المضطر بما لا يلحقه منه غبن فاحش. أما القانون المدني الفرنسي فبرر الإذعان بالحاجة إليه وفق ما تفرضه التطورات والبيئة العملية الاقتصادية في هذا المجال.

– موقفهما من مراتب العقد من الصحة للبطلان في مجال تقسيم البطلان، ذلك أن القانون المدني الفرنسي مال إلى التقسيم الثنائي للبطلان من خلال تقسيمه إلى بطلان مطلق وآخر نسبي؛ من خلال ما خلص إليه الفقه الفرنسي القديم المتأثر بالقانون الروماني في هذا المجال. أما الفقه المالكي، فعرف توسعا في مراتب العقد شأنه شأن الفقه الإسلامي عامة، وهو ما تجسد في تنظيمه لمراتب تختلف أحكامها نسبيا نتيجة لرتبة العقد باطلا كان، أو فاسدا، أو موقوفا، أو نافذا، أو لازما.

هذا وإن كان حال اختلاف أحكام القانون المدني الفرنسي مع إحكام الفقه المالكي في نطاق ضيق كما اتضح في تكوين العقد أعلاه، يُلاحظ أن الأمر لم يختلف كثيرا بخصوص العناصر المنضوية تحت عنوان آثار العقد وانحلاله في الباب الثاني، إذ نستعرض أهم ما ظهر فيها من اختلاف في المبادئ والأحكام وفق التالي:

– موقفهما من ديون التركة حين انتقال آثار العقد للخلف العام تحت عنوان أثر العقد بالنسبة إلى الخلف والدائنين، ذلك أنه في الوقت الذي يعتبر الوارث مكملا لشخصية المورث ويحل محله في ذمته المالية بكل ما تعلق بها من حقوق والتزامات تشملها الديون، يعلق الفقه المالكي الالتزامات بالتركة التي لا يمكن تقسيمها إلا بعد سداد الديون. فلا يكون الوارث مكملا لشخصية المورث، إذ أن حقه يتعلق فقط بما

تبقى من تركة مورثه من حقوق بعد سداد الديون.

- موقفهما من التعهد لمصلحة الغير والاشتراط لمصلحة الغير في مجال انتقال آثار العقد إلى الغير، إذ أنه في الوقت الذي يتفق الفقه المالكي والقانون المدني الفرنسي على قاعدة عامة مفادها عدم إمكان إلزام الغير بعقد يعتبر أجنبيا عنه، يختلفا في الاستثناءات التي قال بها القانون الفرنسي دون الفقه المالكي الذي اتبع فيها الفقه الإسلامي عامة حينما لم يجوز تعهد الشخص عن الغير بطريقة يلزم بها هذا الغير مهما كان سبب هذا الالزام. ثم في الوقت الذي يكيف فيه القانون الفرنسي استثناءات القاعدة العامة تحت مسمى التعهد عن الغير، يعتبرها الفقه الاسلامي عامة فضالة تستوجب تقديم تعويض من المتعهد للمتعهد له في حالة عدم إقرار الغير لهذا التصرف.

وفي ذات الإطار، نص القانون المدني الفرنسي على استثناء آخر يرد على القاعدة العامة أعلاه ممثلا في الاشتراط لمصلحة الغير، حيث امتد عدم الاتفاق في تنظيمه بين القانون الفرنسي ورفض الفقه المالكي له شأنه شأن الفقه الإسلامي عامة تبعا لذات موقفه من الاستثناء الأول، مع التنويه حينها إلى أن معرفة الفقه المالكي لتطبيقات قريبة من فكرة الاشتراط لمصلحة الغير - تقدمها نظام الوقف -، لا يجعله موافقا للقانون الفرنسي في فحوى الاستثناء لاختلاف الأسس والأحكام بين هذا الأخير والتطبيقات التي قال بها الفقه المالكي.

إلا أن اختلافهما في تنظيم هذين الاستثناءين لا يؤثر على اتساع دائرة المتفق عليه في هذا المجال، وهو ما ظهر من توافقهما في جل أحكام انتقال أثار العقد إلى أشخاصه.

- موقفهما من أثر الظروف الطارئة على التزامات المتعاقدين في إطار العلاقة

السببية كركن من أركان المسؤولية العقدية، حيث اتضح أن الفقه المالكي يقول بتطبيق نظرية الظروف الطارئة تحت إطار العدالة التعاقدية حينما يتدخل القاضي ليرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول حتى يطيق المدين تنفيذه بعد الظروف الطارئة التي حدثت وجعلت التنفيذ شاقا بالنسبة إليه. أما القانون الفرنسي، فتشدد في القول بالقوة الملزمة للعقد، وأنه شريعة للمتعاقدين مما لم يجعل للنظرية قواما مستقلا في قانونه. على أن الاجتهاد القضائي الفرنسي اضطر فيما بعد للأخذ بهذه الفكرة في الكثير من التطبيقات بما ألحقه بالفقه المالكي والفقه الاسلامي عامة حينما قرروا النظرية قبل قرون من الزمن، وتجلى ذلك في إنصاف القانون المقارن في تبيان تفوقهم فيها وفي مثلها.

– موقفهما من سلطة القاضي في الفسخ القضائي ضمن نطاق انحلال العقد، ذلك أن القانون المدني الفرنسي وإن وافق الفقه المالكي في جل مبادئ انحلال العقد بداية بفسخه مع شيء من تضييق المالكية للفسخ القضائي حفاظا على قوة العقد الملزمة، مرورا بالتوسع في القول بالدفع بعدم التنفيذ احتراما للعدالة التعاقدية ومراكز المتعاقدين، وصولا إلى أهم حالات الرجوع في العقد أو إلغاءه. يلاحظ في مجال خيار الدائن في الفسخ القضائي، أن القانون المدني الفرنسي قال بالخيار للدائن في الفسخ حينما تتوفر شروط حق المطالبة به، ليقول كذلك بخيار القاضي كذلك في موافقة الدائن طلبه فيقضي بالفسخ مباشرة إذا تأكد من تعمد المدين عدم التنفيذ دونما وجود عذر، رغم اعذاره الدائن له. وحينها يستطيع القاضي بموجب ما له من خيار ثان عدم إمضاء الفسخ ومنح المدين مهلة للتنفيذ.

أما الفقه المالكي، فلم يجعل الخيار للدائن لكون الفسخ عنده لا يكون إلا في حيز ضيق كنتيجة لاستحالة التنفيذ العيني، وهو ما جعل الفقه الإسلامي الحديث يدعو إلى تبني الحل الذي قال به الفقه الفرنسي في هذا المجال لصوابه، إذ لا يوجد ما

يمنع من تبنيه، خاصة أن الفقه المالكي يستوعبه ببعض نصوصه في هذا المجال.

وانطلاقا من كل ما سبق، يمكن القول حينها أن دائرة التشابه المطلق بين القانون المدني الفرنسي والفقه المالكي تتسع كثيرا مقارنة بما يمكن اعتباره اختلافا بينهما في مجال الدراسة ممثلا في نظرية العقد. وهو ما يستدعي محاولة تقصي التشابه في غير نظرية العقد من خلال دراسة شاملة مجزئة تتوقف عند محاور القانون المدني الفرنسي وتشعباته في كل من شقه المعتني بالأحوال الشخصية، ثم شق الأحوال المالية. مع ضرورة التوقف في الشق الثاني عند التعديل الأخير للقانون المدني الفرنسي الصادر سنة 2016 وقد ضمنه المشرع الفرنسي تعديلات جذرية في مجال الالتزامات والعقود والاثبات. ولا يمكن حينها أن يعزى هذا التشابه الموجود في جل المبادئ وتفصيلاتها التطبيقية للقانون الروماني، خاصة إذا ثبت أن هذا الأخير لم يعرفها بالشكل الذي نظمها به القانون المدني الفرنسي بما يوافق تنظيم الفقه المالكي لها بذات الشكر قبل قرون من الزمن.

أما آخر ما نختم به هذه الدراسة، فهو التأكيد انصافا على القيمة العلمية للقانون المدني الفرنسي رغم رجحان تأثره في الكثير من المبادئ العامة والأحكام التفصيلية بالفقه المالكي بذات الطريقة التي كان عليها حاله في موضوع الدراسة أعلاه، إذ ظل هذا القانون محتفظا بمكانته المتميزة باحترام المنطق القانوني خاصة في ميدان الصياغة الفنية وترتيب المواضيع بقواعد منهجية ونسق أخاذ. وهو ما يطرح التساؤل حول سبب التحرج حينها من المزج بينه وبين الفقه المالكي، بل والفقه الإسلامي عامة حينما لا يتصادم هذا المزج مع مخالفة لثابت من ثوابت الشريعة الإسلامية ؟.

ولعل ما يحتم هذا المزج في عصر انفجرت فيه الحياة بشتى أنواع التعاقدات والالتزامات المدنية المالية، هو الحاجة الملحة لتقنين أحكام الفقه الإسلامي قبل المناداة المجردة بجعل الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي لقوانيننا العربية بما يعبر عن هويتنا الحضارية، ذلك أن التصور العملي الوحيد لتطبيقها في الوقت المعاصر يفترض تقنينها بما لا يدع مجالا للتساؤل حينها حول أي فهم فقهي للشريعة نطبق ! ولأي نصوص مراعية لخصوصية الزمان والمكان والأشخاص يعود القضاء ؟

قائمة المراجع

أولا: المراجع العامة:

I- باللغة العربية:

1- إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، دار الدعوة، إسطنبول، تركيا، الطبعة الثانية، 1989.

2- ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، د ب ط، 2003.

3- ابن رشد القرطبي، المقدمات الممهدات، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، د ب ط، 1988.

4- ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، د ط، 2004.

5- أبو الحسن علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، 1994.

6- أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي الشهير بالصاوي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، د ط، دس ط.

7- أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، د د ط، د ب ط، د س ط.

8- أبو بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوي، أسهل المدارك، شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، د س ط،

9- أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي المازري المالكي، شرح التلقين، ج 2، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 2008.

10- أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة،

الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، 1980.

11– أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي، التلقين في الفقه المالكي، تحقيق ابي أويس محمد بو خبزة الحسني التطواني، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 2004.

12– أبي محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، د ط، د س ط.

13– أحمد ابن محمد الحنفي الحموي، غمز عيون البصائر في شرح كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1985.

14– أحمد ابن يحي الونشريسي، ايضاح المسالك إلى قواعد الامام أبي عبد مالك، تحقيق الصادق بم عبد الرحمن الغرياني، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2006.

15– أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، الطبعة الثانية، دمشق، 1998.

16– أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، صححه وعلق عليه مصطفى أحمد الزرقا، الطبعة: الثانية، دار القلم، دمشق، سوريا، 1989.

17– أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت، 1379 هـ.

18– آلان بينابنت، القانون المدني، الموجبات (الالتزامات)، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الطبعة الأولى، 2004.

19– الترمذي، سنن الترمذي، ج 5، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط 2، 1975.

20– الشريف محمد بن علوي المالكي الحسني، إمام دار الهجرة مالك ابن انس رضي الله عنه، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 2010.

21– الصادق عبد الرحمان الغرياني، المعاملات في الفقه المالكي، أحكام وأدلة، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، بيروت لبنان، 2007.

22– الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان للطبع والنشر والتوزيع، لبنان، الطبعة الأولى، 2002.

23– القرطبي الباجي الأندلسي، المنتقى شرح الموطأ، ج 5، مطبعة السعادة، مصر، الطبعة الأولى، 1332.

24– الموسوعة الفقهية الكويتية، صادرة عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، الطبعة الثانية، دار السلاسل، الكويت، 1427.

25– أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية لدار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.

26– بشار عواد معروف، أبو المعاطي محمد النوري، احمد عبد الرزاق عيد، أيمن إبراهيم الزاملي، محمود محمد خليل المسند الجامع لأحاديث الكتب الستة ومؤلفات أصحابها الأخرى، وموطأ مالك، ومسانيد الحميدي، وأحمد بن حنبل، وعبد بن حميد، وسنن الدرامي، وصحيح بن خزيمة، دار الجيل ببيروت، والشركة المتحدة بالكويت، الطبعة الأولى، 1993.

27– بن عباس الحكمي، البيوع المنهي عنها في الشريعة الإسلامية وأثر النهي فيها من حيث الحرمة والبطلان، د.د.ط، 1994.

28– تقي الدين أحمد ابن تيمية، الحسبة في الإسلام، أو وظيفة الحكومة الإسلامية، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، د س ط.

29– تقي الدين أحمد ابن تيمية، تفضيل مذهب مالك وأهل المدينة وصحة أصوله، تحقيق أحمد مصطفى قاسم الطهطاوي، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2006.

30– توفيق سلطان اليوزبكي، الحضارة الإسلامية في الأندلس وأثرها على أوربا، مجلة ثقافتنا للدراسات والبحوث، المجلد الخامس، العدد العشرون، 2010.

31– جاد الحق علي جاد الحق، مرونة الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الفاروق للنشر والتوزيع، مصر، 2005.

32– جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، مراجعة فيصل كلثوم، المؤسسة الجامعية للدراسة والنشر والتوزيع، ط 1، 2000.

33– جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، ترجمة منصور القاضي، مراجعة فيصل كلثوم، المؤسسة الجامعية للدراسة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية،

.2008
34- جلال علي العدوي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.

35- حاشية الإمام الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل وبهامشه حاشية المدني على كنون، ج 5، المطبعة الأميرية بولاق، مصر، د ط، 1306 هـ.

36- حسن حلاق، دراسات في تاريخ الحضارة الاسلامية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1999.

37- حسني محمد عباس، الفقه الإسلامي، آفاقه وتطوره، سلسلة دعوة الحق، العدد العاشر، الطبعة الثالثة، 1994.

38- حسين مؤنس، فجر الاندلس، دراسة في تاريخ الأندلس من الفتح الإسلامي إلى قيام الدولة الأموية، دار الرشاد، القاهرة، مصر، الطبعة الرابعة، 2008.

39- خلف بن أبي القاسم محمد، الأزدي القيرواني، أبو سعيد ابن البرادعي المالكي، التهذيب في اختصار المدونة، دراسة وتحقيق محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الطبعة الأولى، 2002.

40- خليل إبراهيم السامرائي، عبد الواحد ذنون طه، ناطق صالح مصلوب، تاريخ العرب وحضارتهم في الأندلس، دار الكتاب الجديد المتحدة، بيروت، لبنان، ط1، 2000.

41- خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، طبعة 1994.

42- خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري، مختصر العلامة خليل، تحقيق أحمد جاد، الجزء 1، دار الحديث، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2005.

43- راغب السرجاني، قصة الأندلس من الفتح إلى السقوط، الجزء الأول، مؤسسة اقرأ للنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2011.

44- راغب السرجاني، ماذا قدم المسلمون للعالم، اسهامات في الحضارة الانسانية، الجزء الأول، مؤسسة اقرأ للنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، مصر، الطبعة الثانية، 2009.

45- رمضان علي السيد الشرنباصي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، تطوره، مدارسه،

مصادره، قواعده، نظرياته، الطبعة الثانية، 1982.

46– زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1999.

47– سمير عالية، علم القانون والفقه الإسلامي، نظرية القانون والمعاملات الشرعية، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان،.1996

48– سيد سابق، فقه السنة، الجزء الثالث، دار الفكر، الطبعة الثالثة، 1981.

49– شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز الذهبي، تذكرة الحفاظ، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1998.

50– شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، الطبعة الثالثة، دار الفكر، .1992

51– شمس الدين محمد ابن محمد الراعي الأندلسي، انتصار الفقيه السالك لترجيح مذهب الإمام مالك، تحقيق محمد أبو الأجفان، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 1، 1981.

52– شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، على متن منهاج الطالبين للإمام أبي زكريا، يحي بن شرف النووي الشافعي، اعتنى بع محمد خليل عيتاني، دار المعرفة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1997.

53– شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1994.

54– شهاب الدين احمد بن إدريس القرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق، عالم الكتب، د ب، د س ط.

55– شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، د ط، د س ط.

56– شوقي أبو خليل، فتح صقلية بقيادة الفقيه المجاهد أسد بن الفرات، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة الاولى، 1998.

57– صالح عبد السميع الآبي الأزهري، جواهر الاكليل شرح مختصر الشيخ خليل في

مذهب الامام مالك امام دار التنزيل، المكتبة الثقافية بيروت، د س ط.

58– صلاح الصاوي، تحكيم الشريعة الإسلامية ودعاوى الخصوم، دار الإعلام الدولي، القاهرة، الطبعة الأولى، 1994.

59– عبد الرحمن الجزيري، الفقه الإسلامي على المذاهب الأربعة، ج 2، الطبعة الأولى، دار المنار للنشر والتوزيع، 1999.

60– عبد الرحمن بن محمد ابن خلدون، مقدمة ابن خلدون، تحقيق عبد الله محمد الدرويش، الجزء الثاني، دار يعرب، دمشق، سوريا، الطبعة الأولى، 2003.

61– عبد الرحمن بن محمد بن عسكر البغدادي، أبو زيد أو أبو محمد، شهاب الدين المالكي، إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الامام مالك، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، الطبعة الثالثة، د س ط.

62– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج 1، المجلد الأول، والمجلد الثاني، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.

63– عبد السلام الترمانيني، نظرية الظروف الطارئة، دراسة تاريخية ومقارنة في الشريعة الإسلامية والشرائع الأوربية وتطبيقات النظرية في تقنينات البلاد العربية، دار الفكر، د ب ط، د ط، 1971.

64– عبد السند حسن يمامة، موسوعة شروح الموطأ للإمام مالك بن أنس، التمهيد والاستذكار لأبي يوسف بن عبد الله بن عبد البر، القبس لأبي بكر محمد عبد الله ابن العربي المالكي، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مركز البحوث والدراسات العربية الإسلامية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2005.

65– عبد الغني الدقر، الإمام مالك ابن أنس إمام دار الهجرة، دار القلم، دمشق، سوريا، الطبعة الثالثة، 1998.

66– عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار عمر بن الخطاب، الإسكندرية، د س ط.

67– عبد الودود السريتي، المدخل لدراسة بعض النظريات في الفقه الإسلامي، دار

المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997.

68- عزت عبيد الدعاس، القواعد الفقهية مع الشرح الموجز، دار الترميدي، الطبعة الثالثة، 1989.

69- عزيز أحمد، تاريخ صقلية الإسلامي، الدار العربية للكتب، ب ب ط، 1980.

70- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1986.

71- علي بن محمد المنتصر بالله الكتاني، انبعاث الإسلام في الأندلس، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2005.

72- غوستاف لوبان، حضارة الغرب، ترجمة عادل زعيتر، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، القاهرة، مصر، د س ط، 2013.

73- قحطان عبد الرحمان الدوري، الاحتكار وأثارة في الفقه الاسلامي، كتاب ناشرون، الطبعة الرابعة، بيروت لبنان، 2011.

74- مالك بن انس الأصبحي، المدونة الكبرى، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمان بن القاسم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1994.

75- مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي، موطأ الإمام مالك، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1985.

76- محمد إبراهيم علي، اصطلاح المذهب عند المالكية، دار البحوث للدراسات الاسلامية واحياء التراث، دبي، الامارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، 2000.

77- محمد أبو زهرة، تاريخ المذاهب الاسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، د ط، د س ط.

78- محمد أبو زهرة، مالك، حياته وعصره، آراءه وفقهه، دار الثقافة العربية للطباعة، مصر، الطبعة الثانية، د س ط.

79- محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير على مختصر خليل، دار الفكر، د ط، د س ط.

80- محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي، منح الجليل شرح مختصر

خليل، دار الفكر، بيروت، د ط، د س ط.

81- محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهري، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2003.

82- محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر للطباعة، بيروت، د ط، د س ط.

83- محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، 1414 هـ.

84- محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1994.

85- محمد سراج، الفقه الإسلامي بين النظرية والتطبيق، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط، 1997.

86- محمد سعيد رمضان البوطي، محاضرات في الفقه المقارن، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1981.

87- محمد عمارة، الشريعة الإسلامية والعلمانية الغربية، دار الشروق القاهرة، الطبعة الأولى، 2003.

88- محمود شيت خطاب، قادة فتح الأندلس، مؤسسة علوم القرآن، الجزء الثاني، منار للنشر والتوزيع، د ب ط، الطبعة الأولى، 2003.

89- مصطفى السباعي، من روائع حضارتنا، دار الوراق للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1999.

90- منصور حاتم محسن الفتلاوي، نظرية الذمة المالية، دراسة مقارنة بين الفقهين الوضعي والإسلامي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 1999.

91- موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد ابن حنبل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1994.

92- موفق الدين عبد الله بن قدامه المقدسي، المغني، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثالثة 1997.

93- وات مونتجمر، فضل الاسلام على الحضارة الغربية، ترجمة حسن أحمد أمين، مكتبة مدبولي، مصر، الطبعة الأولى، 1983.

94- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، سورية، الطبعة 12، د س ط.

95- يوسف القرضاوي، عوامل السعة والمرونة في الشرعة الإسلامية، سلسلة تهيئة الأجواء (1)، مكتبة الإسكندرية، د س ط.

II- باللغة الفرنسية:

96- CARBONNIER Jean, Droit civil, Tome 4, Les obligations, 22e édition, Presses Universitaires de France, 2000.

97- COLIN Ambroise et CAPITANT Henri, Cours élémentaire de droit civil français, Tome 2, 7e édition, Librairie, Dalloz, Paris 1932.

98- DEMOGUE René, Traité des obligations en général, Sources des Obligations , Tome 1, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1923.

99- DEMOLOMBE Charles, Cours de code Napoléon, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles et général, Tome 1, paris, 1968.

100- FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, Les obligations, Tome 1: L'acte juridique, Armand Colin, 8e édition, 1998.

101- GUIHO Pierre, PAYRARD Georges, Droit civil, Les obligations, Tome 2, Le régime général, L'Hermès, 3ème édition, 1992.

102- JOSSERAND Louis, Cours de droit civil positif français, Théorie générale des obligations, Les principaux contrats du droit civil, Les sûretés, Libraire recueil Sirey, 3ème édition, Paris, 1939.

103- LARROUMET Christian, Droit Civil, Tome 3, Les obligations, Le contrat, Economica, 3e édition, 1996.
104- MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, Les obligations, 4e édition, Defrénois, Lextenso édition, Paris, 2009.
105- MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, Leçons de droit civil, Les obligations, Théorie générale, Tome 2, Volume 1, Montchrestien, 2000.
106- PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Obligations, Tome VI, Première partie, par ESMEIN Paul, 2e édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1952.
107- POTHIER Robert Joseph, Traité des obligations, Tome 1, Bruxelle, Langlet et compagnie, Libraires,1835.
108- VAN OMMESLAGHE Pierre , Droit des obligations, Tome 3, Régime général de l'obligation, Bruylant bruxelles, Belgique, 2010.
109- WERY Patrick, Droit des obligations, V 1, Théorie générale du contrat, 2e édition, Edition Larcier, 2010.

ثانيا: المراجع المتخصصة:

I- باللغة العربية:

أ- رسائل الدكتوراه:

110- أمينة النعيمي، أحكام الشرط في القانون المغربي على ضوء الفقه والعمل القضائي، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالدار البيضاء، المغرب، 2007.
111- درماش بن عزوز، التوازن العقدي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2014.

112– عادل مبارك المطيرات، أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة، رسالة دكتوراه، قسم الشريعة الإسلامية، جامعة القاهرة، 0120.

113– فاطمة اسعد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري بتيزي وزو، الجزائر، 2015.

114– نسير رفيق، محاولة من أجل نظرية التصرف القانوني الثلاثي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري بتيزي وزو، الجزائر، 2014.

ب– مذكرات الماجستير:

115– حمزة بن خدة، مظاهر تأثر القانون المدني الجزائري بالشريعة الإسلامية، التصرف القانوني نموذجا، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007.

116– درماش بن عزوز، نظرية السبب بين الاتجاه التقليدي والاتجاه الحديث، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005.

117– عدنان عبد الهادي حسن حسان، أحكام العقود الصورية في الفقه الاسلامي، رسالة ماجستير، الجامعة الاسلامية بغزة، كلية الشريعة والقانون، 2006.

118– ياقوتة مزوغ، نطاق نسبية أثر العقد بين الفقه الاسلامي والقانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الانسانية والعلوم الاسلامية، جامعة وهران 01 أحمد بن بلة، 2015.

ج – المؤلفات:

119– العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2004.

120- حسني محمد عباس، العقد في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، الطبعة الأولى، 1993.

121- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني ، الالتزامات، العقد والإرادة المنفردة، دار الكتب القانونية، شتات ، مصر، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، 1987.

122- سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك، دار السلام، الطبعة الثانية، مصر، 2006.

123- صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، بحث مقارن في المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة، الطبعة الثالثة، دار العلم للملايين، 1983.

124- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء 6,5,4,3,2,1 الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.

125- عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء 1 و2، الطبعة الثانية الجديدة، بيروت، 1998.

126- عبد الفتاح تقية، المختصر في الفقه المدني من خلال الفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.

127- علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 2000.

128- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، د ط، د س ط.

129- محمد أبو زهرة، بحوث في الربا، دار الفكر العربي، القاهرة، د ط، د س ط.

130- محمد أبو زهرة، تحريم الربا تنظيم اقتصادي، الدار السعودية للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 1985.

131- محمد تقية، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون والشريعة الإسلامية، مؤسسة الكتب الثقافية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1999.

132- محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998.

133- محي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد، مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 1994.

134- مخلوف المنياوي، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك، دار السلام، الطبعة الأولى، مصر 1999.

135- مصطفى الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، إخراج جديد مع صياغة كاملة لنصوص تلك النظرية، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق، 1999.

136- مصطفى محمد الجمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام، شرح مفصل لأحكام التقنينات العربية المستمدة من الفقه الغربي والمستمدة من الفقه الإسلامي وتطبيقاتها القضائية، الطبعة الأولى، الفتح للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، 1996.

137- منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، مصادر الالتزام، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الجزء الأول، عمان، 1996.

138- وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الفكر ، دمشق ، سوريا، الطبعة الرابعة، 2012.

II- باللغة الفرنسية:

أ- رسائل الدكتوراه:

139- DELECOURT Benoist, Les contrats civils appliques aux actions, Thèse Doctorat, Droit Privé, Universitéé Lille II, 2010, France.

140- JAPIOT René, Des nullités en matière d'actes juridiques, Essai d'une théorie nouvelle, Thèse de doctorat, Droit, Dijon, Paris, 1909.

141- POSEZ Alexis, L'Inexistence du contrat, Thèse de doctorat, Droit, Université Panthéon-Assas, Paris II, 2010.

ب- مذكرات الدراسات المعمقة D.E.A :

142- LOIR Romain, Les fondements de l'exigence de bonne foi en droit français des contrats, Mémoire de DEA, Droit des contrats, Université du Droit et de la Santé, Lille 2, France, 2002.

ج - المؤلفات:

143- CAPITANT Henri, De la cause des obligations, 3e édition, Librairie Dalloz, Paris, 1927.

144- CAPITANT Henri, Les grands arrêts de la jurisprudence civile: Tome 1 ,2, Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés Broché , 12e édition , 2008.

145- DE LEVAL Georges, Droit du recouvrement, la saisie immobilière, Bruxelles, 4e édition, Larcier, 2002.

146- DELNOY Paul, Les libéralités et les successions, Précis de droit civil , 3e édition, Larcier, 2009.

147- HUC Théophile, Du formalisme dans l'ancien droit romain, Théorie des droits réels Toulouse, Typographie de Bonnal et Gibrac, 1861.

148- Précis de jurisprudence musulmane suivant le rite malékite par sidi Khalil, Publié par les soins de la société asiatique, Deuxième tirage, L'imprimerie impériale, Paris, 1855.

149- ROUSSEAU-HOULE Thérèse, Précis du droit de la vente, Les presses de l'Université Laval, 1986.

150-TODOROVA Liliana, L'engagement en droit, l'individualisation et le code civil au XXIe siècle, Publibook Université, Paris, 2007.

151- WATGEN Monique, WATGE Raymond, Successions et donations, 4e édition, éditions promoculture Luxembourg, 1997.

152- WERY Patrick, Droit des contrats , le mandat, Brussel, Larcier, 2000.

ثالثا: المقالات:

I- باللغة العربية:

153- أحمد الحراكي، الغبن في القانون الفرنسي والقانون الألماني، (دراسة مقارنة تحليلية نقدية)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 21، العدد الأول، 2005.

154- العربي بلحاج، أصالة الفقه الإسلامي وقابليته للتطور، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، الجزء الثاني، سلسلة المعرفة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1996.

155- خالد السنيد، قانون نابليون تأثر بالفقه الإسلامي، مجلة المحامي، العدد الأول، ذو القعدة 1419 هـــ.

156- زبير محمد، أثر الفقه المالكي في القانون المدني الفرنسي، مجلة كلية الدعوة الإسلامية، عدد 22، طرابلس، ليبيا.

157- عبد السلام أحمد فيغو، أثر فقه الإمام مالك في القانون المدني الفرنسي، مجلة الحقوق، العدد 14، مطبعة دار الأفاق المغربية للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، المغرب، 2013.

158- عبده جميل غصوب، القوانين الوضعية الفرنسية والشريعة الإسلامية، تقارب وتباعد أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق لجامعة بيروت العربية بمناسبة : مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي 1804-2004، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2005.

159- فوزي أدهم، أثر فقه الإمام مالك في القانون المدني الفرنسي (قانون نابليون)، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق لجامعة بيروت العربية بمناسبة : مائتي عام على

إصدار التقنين المدني الفرنسي 1804-2004، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2005.

160– مجموعة أبحاث عن بيع الوفاء (الثنيا)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، تصدر عن منظمة المؤتمر الاسلامي بجدة، العدد 7.

161– محمد نجدات المحمد، خيار النقد في الفقه الإسلامي وتطبيقاته الاقتصادية المعاصرة مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية، العدد الأول ، 2013.

162– نبيل إبراهيم سعد، تقنين نابليون، التطور في ظل الثبات في مصادر الالتزامات أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق لجامعة بيروت العربية بمناسبة : مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي 1804-2004، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2005.

163– نزيه كمال حماد، عقود الاذعان في الفقه الإسلامي مجلة العدل، العدد 24، شوال 1452.

164– وليد غمرة، التقنين المدني الفرنسي، تاريخه وأثره، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق لجامعة بيروت العربية بمناسبة : مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي 1804-2004، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2005.

II– باللغة الفرنسية:

165– DIESSE François, Les applications de l'article 1147 du Code civil de 1804 à 2004, Revue générale de droit, v. 34, n° 3, 2004, pp. 431-472, http://www.erudit.org.

166– EGEA Vincent, L'interprétation des contrats : regard sur l'actualité des articles 1156 et suivants du Code civil, 07/12/2015, site internet, www.institut-idef.org.

167– NOGUERO David, La maladie du débiteur cas de force majeure, Recueil Dalloz 2006.

168- TERRE François, LEQUETTE Yves, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 12e édition 2008, p. 183, www.actu.dalloz-etudiant.fr.

169- VINCY Geneviève, Le fait de la victime exonérant totalement le transporteur, Recueil Dalloz, 2009, actu.dalloz-etudiant.fr.

رابعا: مواقع الأنترنت:

- http://www.legifrance.gouv.fr/.
- https://www.courdecassation.fr/.

فهرس

ملخص

ظل التساؤل عن مدى وجود صلة بين القانون المدني الفرنسي والفقه المالكي حبيس جدل تاريخي لعقود من الزمن، ذلك أن الإنكار فيه يتأرجح بين باحث مقدس لقانون نابوليوني درج على اعتباره فريدا من نوعه متجاوزا حدود زمانه ومكانه، فضلا عن تصور نسبة جذوره لفقه حضارة غيرت معالم حضارته. وآخر مشكك في جدوى الربط بين قانون بشري وفقه إسلامي استمد أهم أحكامه من وحي سماوي.

وعلى هذا الأساس، تطلب الخوض في هذه الجدلية البحث عن مدى وجود التأثر من خلال نموذج للدراسة ممثلا في العقد باعتباره أهم مصدر من مصادر الالتزام. أما اثباته فيتطلب الانطلاق من النصوص القانونية الفرنسية المنضوية تحت نموذجها وتعليق الفقه الفرنسي عليها، ومن ثمة إثبات وجود تشابه بين أحاكمها التفصيلية وما ذهب إليه الفقه المالكي في شأنها. مع التطرق في ذات الوقت إلى موقف القانون الروماني المخالف لهذا لتشابه دفعا لشبه تأثر المشرع الفرنسي بهذا الأخير بمعزل عن فرضية تأثره بالمذهب المالكي.

الكلمات المفتاحية: قانون مدني، فرنسا، فقه، مالكي، تأثر، عقد، قانون.

Résumé :

Sur le plan historique, la relation entre le code civil français et le rite malékite demeure une question d'ordre polémique pendant des décennies. Cette polémique doctrinale tire son origine du fait que certains, vénérant la loi napoléonienne, la considèrent ainsi comme unique dans son genre, dépassant les limites spatio-temporelles et par conséquent, il n'est même envisageable de penser une quelconque influence exogène venant d'une autre civilisation modifiant sa destinée. En revanche, d'autres, plus sceptiques, réfutent tout rapport entre une loi positive et un rite islamique puisant ses principaux préceptes d'une révélation divine.

Sur ce fondement, il semble indispensable d'aborder cette polémique en mettant en exergue la portée de ladite influence suivant un modèle d'étude traitant le contrat, lequel reste toutefois la source la plus importante des obligations. Cette démonstration va se baser sur les dispositions prévues par le code civil français et sur les commentaires y afférant afin de prouver les similitudes existantes entre ces dernières et la position du rite malékite à leur égard. Ceci nous emmène à aborder inéluctablement la position du droit romain afin d'écarter les hypothèses de son influence sur le code civil français et qui, par conséquent, érige le rite malékite comme sa principale source d'influence.

Les mots clés : Code civil, France, Rite, malékite, Influence, Contrat, droit.

Abstract :

The link between Melkite rite and French civil law remains confined in a historical dialectics for decades. The reason is twofold, one that comes from scholars who revere the Napoleonic Law as a peerless one in legal annals. The other view is skeptical about any relationship between a human law and a divine revealed one.

In the light of such a situation, to address the aforementioned problem it is necessary through a study design addressing the contractual relationship that remains the most important source of obligations. This is done either by proving such a principal through French legal texts with their case law commentaries, and then searching for similitudes with Melkite texts; or to tackle the Roman legal point of view which opposes any idea of similitude in order to rule out all external influence hypotheses including those supporting Malikite impact.

The Key words : French civil law, Islamic malikite law, effect, The contract.